لجنة التأليف والتعريب والنشر

تُصدر كُتباً علمية محكمة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

أصول القانون
(الجزء الأول)

نظرية القانون

دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي
Academic Publication Council



أصول القانون

(الجزء الأول)

نظرية القانون

دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة

أ. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الكويت

2006

(ح) جامعة الكويت

فهرسة مكتبة الكويت الوطنية

أبو الليل : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل

أصول القانون (الجزء الأول)

نظرية القانون – دراسة لأصول القانون ومبادئه العامة

ط 1– الكويت : جامعة الكويت 2006 م

ص 503 ؛ 24 × 17 سم

ردمك : ISBN: 99906 -1- 123 - 8

رقم الإيداع : Depository Number: 2006 / 00040

ص . ب 28301 الصفاة - الرمز البريدي 13144 دولة الكويت

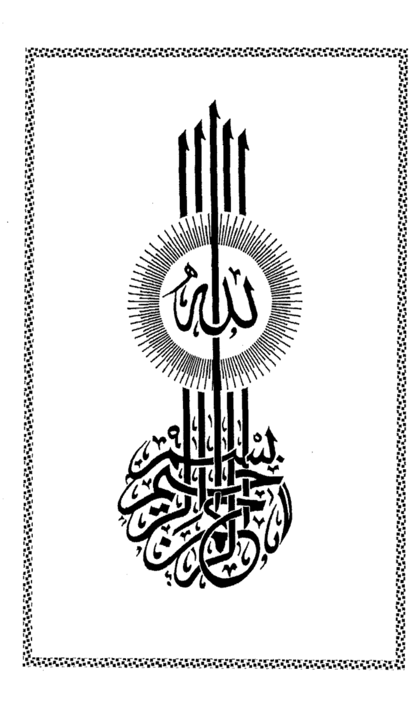
تلفون : 4811375 (00965) - تلفون و فاكس : 4843185 (00965)

P.O. BOX: 28301 Safat, Code No. 13144, State of Kuwait

Tel. (00965) 4811375 - Tel. & Fax : (00965) 4843185

E - Mail: atapc @kuc01. kuniv. edu. kw

http: www.pubcouncil . kuniv.edu. kw/atapc


الله
بسم الله الرحمن الرحيم

قال رسول الله ﷺ :

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم ينفع به، أو ولد صالح يدعو له».

صدق رسول الله

القانون ضرورة اجتماعية :

١- خلق الإنسان ليعيش حياته ويتمتع بوجوده ، وهو في سبيل ذلك يقوم بالعديد من الأعمال والأنشطة ، ندر منها ما ينفرد بإنجازه ، فطبيعة الحياة تقتضي التعاون بين الأفراد. وبمرور الزمن وتطور العلاقات الاجتماعية وتشابكها غدا الأمر ملحاً لنشوء علاقات مشتركة بين أفراد المجتمع متعاونين متكاتفين لدفع عجلة الحياة .

وعلى الرغم من تعدد أنشطة الأفراد وحاجاتهم فهي متماثلة ، متقاربة ، ومتداخلة ، والنتيجة هي التضارب والتنافس ، فالإنسان أناني بطبعه محب لذاته ، وهو كذلك متساوٍ مع غيره في انعدام كل قيد على حريته بحسب الأصل.

لذلك فقد ألح الوجود الإنساني على ضرورة التنسيق بين حاجات الأفراد وأنشطتهم من ناحية ، وتقييدها بما يحقق صالح المجتمع من ناحية أخرى ، واستوجب ذلك ظهور القواعد المنظمة لعلاقاتهم وروابطهم المتبادلة .

وارتضى الأفراد بهذه القواعد التي تنظم حياتهم بوازع ذاتي أخلاقي باعتبارها ضرورة اجتماعية ، ومع الزمن أصبحت هذه القواعد ملزمة ، ووجدت السلطة التي يمكنها تنفيذها ولو جبراً عند الاقتضاء ، مكونة بذلك القواعد القانونية التي من مجموعها يتكون القانون .

وهكذا ظهر القانون باعتباره ضرورة اجتماعية لوجود

الحياة الإنسانية، وحفظ المجتمع ، متمثلاً في مجموعة من القواعد القانونية الملزمة التي تنظم أنشطة الأفراد ، وتوجهها إلى ما فيه خيرهم وخير مجتمعهم .

القانون والحق :

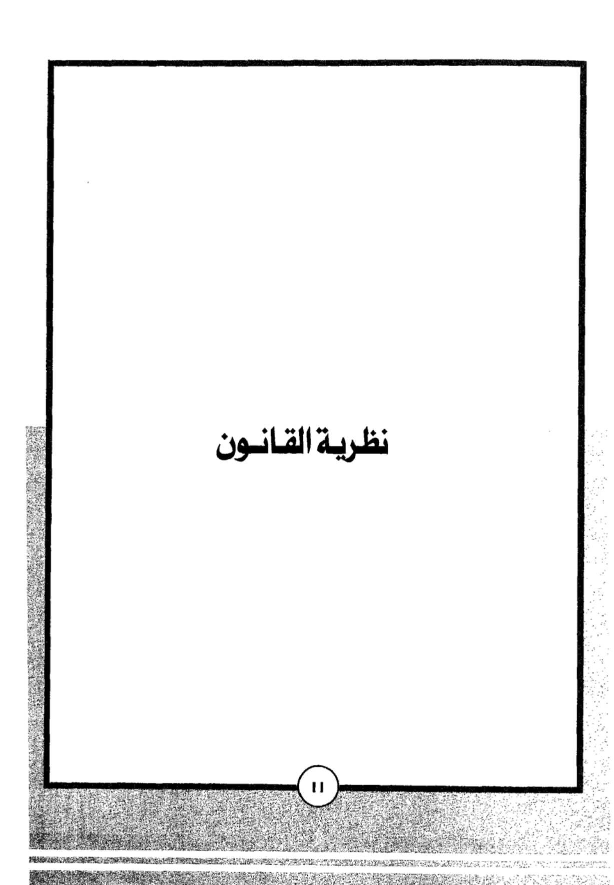
2- في تنظيم القانون لعلاقات الأفراد وأنشطتهم يحدد ما هو منها جدير بالرعاية ويسبغ عليه حمايته ، وفي سبيل إضفاء هذه الحماية يقوم بتخويل صاحب النشاط سلطة القيام بالأعمال اللازمة لممارسة نشاطه ، كما يحرم على غيره المساس به ، وبذلك يوجد الشخص في مركز خاص متميز يستأثر به دون غيره ، يخوله مزايا وسلطات ينفرد بها ، أي : يتقرر له حق ، وللتمتع بهذا الحق يلتزم الآخرون باحترامه ، حيث يفرض القانون عليهم مجموعة من القيود والواجبات القانونية تحول بينهم وبين الاعتداء على حقوق الغير .

والعلاقة بين الحق والقانون واضحة ، بل هي علاقة وثيقة ، فالقانون هو الذي يحدد الحقوق ، ويعين أصحابها ، ويبين كيفية استعمالها ، ويسبغ عليها حمايته ، فلا حق دون سند من القانون ، والحق هو غاية القانون وأداته في تنظيم المجتمع .

وهكذا ، يتحلل القانون ، أو القاعدة القانونية ، إلى مجموعة من الحقوق، تقابلها مجموعة أخرى من الواجبات القانونية ، أو الالتزامات . فالقانون إذن مجموعة من الحقوق والالتزامات ، ودراسة المبادئ الأساسية للقانون يجب أن تتسع لتشمل القواعد والمبادئ العامة التي تحدد فكرتي أو نظريتي الحق والالتزام بجانب تلك الخاصة بفكرة القانون ، وبذلك تشمل دراسة أصول القانون

ثلاثة موضوعات أساسية ، يكون كل منها نظرية مستقلة ، هذه النظريات هي : نظرية القانون ، ونظرية الحق ، ونظرية الالتزام .

ونبادر بالإشارة إلى أن الالتزام ، وإن كان مجرد وجه آخر للحق يمثل جانبه السلبي ، فإن لكل منهما قواعده وأحكامه الخاصة ، ونظراً لقيام الطالب بدراسة نظرية الالتزام دراسة مستقلة متعمقة – لاحقاً في السنة الثانية – فتقتصر دراستنا الحالية لأصول القانون على نظريتي القانون والحق . وقد جعلنا لدراسة نظرية القانون هذا الجزء الأول ، أما نظرية الحق فقد خصصنا لها الجزء الثاني .



نظرية القانون

منهج دراسة نظرية القانون :

3- نبدأ دراستنا لنظرية القانون بتعريف القانون وتحديد ماهيته ، وذلك يستوجب التعرض للقواعد القانونية - التي يتكون منها القانون - بتحليلها، وبيان صفاتها، وأنواعها المختلفة ، وتشكل هذه الموضوعات الباب الأول من دراستنا ، أما الباب الثاني فنخصصه لبيان المصادر المختلفة للقانون ، ثم ننتقل إلى الباب الثالث لدراسة تطبيق القانون وما يثيره ذلك التطبيق من موضوعات مختلفة ، وننهي دراستنا بالباب الرابع حيث نتعرض لتأصيل القانون ببيان أساسه، وأصله، والهدف منه .

وبذلك يكون منهج دراستنا لنظرية القانون كالآتي :

الباب الأول : تعريف القانون .

الباب الثاني : مصادر القانون .

الباب الثالث : تطبيق القانون .

الباب الرابع : تأصيل القانون .

الباب الأول

تعريف القانون

الباب الأول

تعريف القانون

تمهيد في المقصود بكلمة قانون :

4- يقصد بالقانون ، لغة ، القاعدة المطردة وفقاً لنظام ثابت؛ لذلك فكلمة قانون تفيد النظام بمعنى تكرار أمر معين على نمط واحد ثابت بما يوضح خضوعه لنظام محدد .

وفي هذا المعنى العام المجرد لكلمة « قانون» يقال: إن لكل ظاهرة قانونها، فنجد مثلاً قانون الجاذبية الأرضية بالنسبة للظواهر الطبيعية ، وقانون العرض والطلب بالنسبة للظواهر الاقتصادية ، غير أن للقانون معنى خاصاً يتعلق بتنظيم السلوك الاجتماعي ، وإقرار النظام والأمن في المجتمع، فيكون المقصود به عندئذ مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات والمعاملات المختلفة التي تنشأ في المجتمع ، أي : مجموعة القواعد الموجهة لسلوك الأفراد وأنشطتهم .

فالقانون بهذا المعنى الاصطلاحي ، أي : باعتباره مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم السلوك الاجتماعي ، هو مجال دراستنا هنا في نظرية القانون .

ولفظة القانون بالمعنى السابق ، أي: باعتباره منظماً للسلوك الاجتماعي ، تطلق على مجموعة القواعد التي يتكون منها أياً كان مصدر هذه القواعد ، بيد أنه بجانب هذا المعنى العام للقانون ، يوجد له معنى آخر أكثر تقييداً يقتصر على تلك القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية لتنظيم موضوع معين ، فهذا المعنى الضيق للقانون يقتصر على القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع دون باقي المصادر ؛ لذلك

يطلق عليه في هذه الحالة كلمة التشريع ، فيكون التشريع بذلك أضيق معنى من القانون ؛ لكونه يقتصر على القانون المكتوب الذي تسنه السلطة التشريعية .

وهكذا يجب التمييز بين القانون بمعناه العام المتسع ، أي : باعتباره مجموعة من القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية أياً كان مصدر هذه القواعد ، وبين التشريع باعتباره أحد مصادر القانون الذي يتميز بأن قواعده تكون مكتوبة ، أي : موضوعة بمعرفة السلطة المختصة بذلك ، وهي السلطة التشريعية بحسب الأصل[1] .

والقانون بالمعنى الضيق ، أي : التشريع ، تطلق عليه أحياناً تسمية القانون الوضعي ، بمعنى مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي وضعت لتنظيم السلوك الاجتماعي ، في مجتمع أو بلد معين ، وفي وقت محدد.[2]، ويفهم هذا المعنى من إلحاق اسم البلد إليه فيقال مثلاً : القانون الكويتي ، والقانون المصري ، والقانون الفرنسي ، طالما كان المقصود بذلك القواعد القانونية التشريعية في هذا البلد[3].

---

(1) ومع ذلك سنرى أن الشائع عملاً استخدام كلمة « قانون» حين يكون المقصود تشريعاً بالمعنى الدقيق لصدوره من السلطة التشريعية ، وتستخدم هذه التسمية للتمييز بين التشريع باعتباره يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة ، وبين الأعمال الأخرى الإدارية والتنفيذية الصادرة من المجلس التشريعي دون أن تكون لها صفة القاعدة القانونية من عموم وتجريد . انظر لاحقاً . فقرة رقم 95 .

(2) للقانون الوضعي لدى الفقيه أوستن معنى خاص يقصد به القانون الذي يسنه رؤساء سياسيون لمرؤوسين سياسيين ، ويمثل لديه القانون بالمعنى الصحيح ، وذلك بالمقابلة بالقانون الذي لا يضعه رؤساء سياسيون ، والذي لا يكون قانوناً بالمعنى الحقيقي أو الصحيح ، ومن أمثلته القانون الدولي والقانون الطبيعي . راجع عبدالحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الأول ، القانون ، وفقاً للقانون الكويتي «دراسة مقارنة» مطبوعات جامعة الكويت ، 1972 ، ص 196 .

(3) ومع ذلك فقد يقال القانون الكويتي أو القانون المصري ، ولا يقصد به القواعد التشريعية الموضوعة في هذا البلد أو ذاك فقط ، وإنما القواعد القانونية الموجودة به بصفة عامة ، وعندئذ لا ينصرف المعنى إلى القانون الوضعي ، وإنما ينصرف إلى جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها ، أي : إلى القانون بمعناه المتسع فيشمل جميع القواعد القانونية الموجودة بهذا البلد تشريعية وغير تشريعية .

بعد التمهيد السابق عن المقصود بالقانون بصفة عامة ، ننتقل إلى دراسته دراسة أكثر تفصيلاً بتحليل مكوناته ووحداته الأصلية ، وهي القواعد القانونية فنقوم بتعريفها، وتحليلها بإيضاح خصائصها وأنواعها ، وذلك في الفصل الأول من هذا الباب ، أما الفصل الثاني فنخصصه لتصنيف القواعد القانونية ، وبيان فروع القانون المختلفة .

بذلك تكون موضوعات الباب الأول الخاصة بتعريف القانون كالآتي :

الفصل الأول : تحليل القاعدة القانونية : (صفاتها وأنواعها) .

الفصل الثاني: تصنيف القواعد القانونية وبيان الفروع المختلفة للقانون .

الفصل الأول

تحليل القاعدة القانونية

«صفاتها وأنواعها»

الفصل الأول

تحليل القاعدة القانونية «صفاتها وأنواعها»

تقسيم :

5- نتناول فيما يأتي دراسة القاعدة القانونية ، أساس القانون ووحدته الأصلية ، وذلك بتحليلها وإيضاح صفاتها وخصائصها أولاً ، ثم بيان تقسيماتها المختلفة وأنواعها ثانياً . وسنخصص لكل من هذين الموضوعين مبحثاً على حدة : المبحث الأول لصفات القاعدة القانونية أو خصائصها ، والمبحث الثاني لتقسيماتها وأنواعها .

المبحث الأول

صفات القاعدة القانونية أو خصائصها

للقاعدة القانونية صفات ثلاث :

6- يقصد بالقاعدة القانونية ، بصفة عامة ، كل قاعدة ملزمة تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع .

ومن التعريف يتضح لنا أن القاعدة القانونية هي قاعدة أولاً ، بمعنى أنها تتصف بالتجريد والعموم ، وملزمة ثانياً ، لوجوب احترامها وتنفيذها من الجميع ، واجتماعية ثالثاً، بمعنى أنها تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع (1).

فصفات القاعدة القانونية إذن ثلاث ، هي :

1 – صفة التجريد والعموم .

2 – صفة الإلزام .

3 – الصفة الاجتماعية .

ونبين فيما يأتي المقصود بكل صفة من هذه الصفات الثلاث كل في مطلب خاص.

---

(1) كما تتصف القاعدة ببعض صفات أخرى ، أقل أهمية ، من هذه الصفات أنها قاعدة تقويمية القصد منها إصلاح وتقويم ما هو موجود ، فهي ليست تقريرية تكتفي بتقرير ما هو كائن وموجود ، كما تتصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة هدفيه ، تستهدف تحقيق النظام والأمن في المجتمع والارتقاء به.
انظر ، شمس الدين الوكيل : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، 1965، ص 15 ، سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ص 25 ، جلال إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ، القاهرة 1995– 1996 ، ص 19 ، وانظر منصور مصطفى منصور ، مذكرات في أصول القانون، كلية الحقوق جامعة الكويت ، 1989–1990، ص 13 ، 14 .

المطلب الأول
صفة التجريد والعموم

الفرض والحكم في القاعدة القانونية :

7- بتحليل القاعدة القانونية ، أياً كان مصدرها أو مضمونها ، نجد أنها تقرر حكماً أو حلاً معيناً يجب تطبيقه إذا ما تحقق فرضه الذي توضحه القاعدة أيضاً ، أو يمكن استخلاصه منها دون مشقة ، إذ إنه يمثل مجال تطبيقها ، أي : الوضع أو المركز القانوني الذي تتناوله القاعدة بالتنظيم ، وحكم أو حل يطبق في كل مرة يتحقق فيها الفرض .[1]

فالقاعدة القانونية التي تقرر أن الشخص يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ببلوغ إحدى وعشرين سنه ميلادية كاملة الفرض فيها هو بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، أما الحكم فهو اعتباره كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، والقاعدة التي تقرر مسؤولية من يلحق بالغير ضرراً نتيجة عمله غير المشروع ، الفرض فيها ارتكاب شخص عملاً غير مشروع يسبب ضرراً للغير ، والحكم هو مسؤولية هذا الشخص، أي : التزامه بتعويض الغير المتضرر من عمله .[2]

---

(1) يفضل بعض الفقهاء استخدام مصطلح المحكوم فيه بدلاً من الفرض ، وهو مصطلح يستخدمه علماء الأصول في الشريعة الإسلامية . انظر منصور مصطفى منصور ، ص 14 ، وراجع في المزيد من التفاصيل في المقصود بالحكم الشرعي وأنواعه ومقارنته بالحكم في القاعدة القانونية ، محمد زكي عبدالبر ، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ص 84 .

(2) على أن هناك من القواعد القانونية ما لا تقرر بصياغة مباشرة وصريحة كلاً من الفرض والحكم ، ويظهر ذلك بصفة خاصة في تلك القواعد التي تضع تعاريفاً لبعض الأنظمة أو التصرفات القانونية . فالنص الذي يعرف عقد البيع بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي» يواجه فرضاً معيناً هو كل عقد يلتزم به أحد الأطراف بأن ينقل للطرف الآخر ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي ، ويقرر له حكماً هو أن هذا العقد يكون عقد بيع ، ويخضع للأحكام الخاصة بهذا العقد .

القاعدة القانونية مجردة في فرضها :

8- كل قاعدة قانونية تواجه فرضاً معيناً ، أي : وضعاً أو مركزاً محدداً ، هذا الفرض الذي يحدد نطاق ومجال تطبيق القاعدة ، يجب أن يحدد تحديداً مجرداً[1] ، وليس تحديداً مخصصاً . فإذا جابهت القاعدة القانونية شخصاً أو أشخاصاً فيجب أن يعين أو يعينوا بأوصاف مجردة ، ولا يعينوا بذواتهم، وإذا ما جابهت واقعة أو وقائع صيغ فرضها صياغة مجردة بعيدة عن كل تخصيص بأن تحدد الوقائع التي تواجهها بشروطها وأوصافها لا بذواتها ، فلا يخص فرض القاعدة واقعة محددة معينة بذاتها، بل يتعين أن يمتد لكل الوقائع التي تتوافر فيها شروط الفرض الذي تقرره وتحدده .

وهكذا ، يتعين لتجريد القاعدة القانونية أن تتوجه بحكمها إلى طوائف أو فئات ووقائع غير متناهية ، تعين بأوصافها وشروطها ، وليس بالتحديد والتخصيص ، فالقاعدة القانونية توضع ليس لشخص معين أو واقعة محددة ، وإنما توضع لأشخاص ووقائع غير معينة بالذات [2].

وبصياغة القاعدة القانونية صياغة مجردة فإنها تتسم بالحياد ، وتبعد عن شبهة الميل والهوى ؛ لذلك تعد صفة التجريد قيداً قوياً على من بيده سلطة التشريع وسن القواعد القانونية ضد التحيز والمحاباة .

---

(1) ويعرف التجريد بأنه خلع للصفات الذاتية عن المفردات التي تتصف بها ، بما يعني إغفال نقاط الخلاف التي تعتبر سمات ذاتية يمكننا من خلالها التمييز بين المفردات المتماثلة .
راجع سعيد الصادق ، نظرية القانون ، ص 28 .

(2) وهذا ما يجعل من قواعد القانون قواعد مجردة عمياء ، لا تتجه صوب شخص معين أو واقعة محددة ، وإنما تتجه صوب كل ما يتناوله فرضها من أشخاص ووقائع ، وهذا يؤدي إلى حياد قواعد القانون وعدم انحيازها ، فيتحقق بذلك العدل والمساواة في ربوع المجتمع . ولعل هذا ما يفسر لنا شعار القانون بميزان تتساوى دفتاه تعبيراً عن العدل والمساواة ، محمولاً من تيميس "themis" آلهة العدل معصوبة العينين لا ترى دفتي الميزان ، فلا تنحاز لأي منهما ، وقد قصد الرومان بالميزان وزن تصرفات البشر ، فمن خفت موازينه ضربته آلهة العدل بالسيف الذي تمسك به بيدها الأخرى.

كما يترتب على تجريد القاعدة القانونية استمرار تطبيقها في الحال والاستقبال ، ولا يستنفد غرضها بمجرد تطبيقها على الحالات القائمة وقت صدورها.

وتجريد القاعدة القانونية يستلزم صياغتها صياغة عامة تبعد عن الجزئيات وتتفادى التفاصيل ودقائق الأمور ، وهو أمر يكفل استمرار تطبيقها مستقبلاً ، وعموم هذا التطبيق ، وليس تخصيصه بقصره على حالات معينة بذاتها .

وصفة التجريد في القاعدة القانونية هي التي تميزها عن كل من الحكم القضائي والقرار الفردي، فكل من هذين يخص شخصاً معيناً بذاته ، أو واقعة محددة بذاتها ؛ لذلك يتميز كل منهما بانتهائه بمجرد تطبيقه على الحالة الخاصة التي صدر بشأنها ، ومن أمثلة القرار الفردي القرار الصادر بتعيين شخص معين بذاته في أحدى الوظائف أو بترقيته ، ومن أمثلة الحكم القضائي الحكم الصادر بتوقيع عقوبة على شخص معين لارتكابه جريمة ، والحكم القاضي ببطلان عقد معين لمخالفته لأحكام القانون ، وعلى العكس من الحكم القضائي والقرار الفردي فإن القاعدة القانونية تتميز بأنها لا تنتهي بمجرد تطبيقها على حالة معينة ، وإنما يستمر تطبيقها مستقبلاً على كل حالة تتوافر فيها شروطها .

غير أن تجريد القاعدة القانونية لا يعني ضرورة مواجهتها للناس جميعاً ، بل يمكن دون أن تفقد تجريدها أن تخص طبقة معينة أو فئة من فئات المجتمع ، كالطلبة والموظفين والتجار .

بل إن هذا التجريد يتحقق على الرغم من أن القاعدة قد لا تواجه إلا شخصاً واحداً ، طالما لم يكن هذا الشخص معيناً ومقصوداً لذاته . ومن أمثلة هذه القواعد تلك التي تحدد اختصاصات رئيس الدولة ، أو رئيس مجلس الأمة ، فهذه القواعد لا تواجه رئيساً معيناً بذاته للدولة ، ولا رئيساً

معيناً بذاته لمجلس الأمة ، وإنما تواجه كل من يعين لهذا أو لذاك بصرف النظر عن شخصه .

القاعدة القانونية عامة في حكمها :

9- يترتب على كون القاعدة القانونية مجردة في فرضها أن تكون عامة التطبيق في حكمها [1] ، بمعنى وجوب تطبيق الحكم أو الحل الذي تقرره القاعدة متى توافر فرضها أي : متى توافرت شروطها في واقعة ، أو شخص ، أياً كان ، فقواعد القانون تطبق على الجميع ، ولا يستثني من نطاقها أحد ، طالما توافرت في جانبه شروط أعمالها ، فالناس سواسية أمام القانون .

ولكن تعميم تطبيق القاعدة لا يعني إطلاق تطبيقها من حيث الزمان أو المكان ، أو على الأشخاص : فمن القواعد القانونية ما تكون مؤقتة التطبيق سواء لفترة زمنية محددة ، أو لتحقيق غرض محدد ، ومن أمثلتها تلك القواعد التي تصدر خلال فترة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ ، كقوانين التسعير الجبري ، وقد ينص القانون على تطبيق أحكامه لمدة زمنية محددة ، وقد تكون المسائل التي صدر القانون لتنظيمها مؤقتة بطبيعتها ، فينتهي القانون بانقضائها .

كذلك قد يصدر قانون ، ويقصر تطبيق قواعده على جزء فقط من إقليم الدولة ، كالمناطق النائية لظروف تستوجب ذلك ، وفي الدول المركبة من عدة ولايات لا يوجد ما يمنع من أن تستقل كل ولاية بسن تشريعاتها الخاصة ، كما يحدث في الولايات المتحدة الأمريكية .

كما توجد قوانين ينحصر تطبيقها على فئات أو مهن معينة ، كقانون العمل الذي يقتصر تطبيقه على العمال ، والقانون التجاري الذي يطبق على

---

(1) كما يستلزم تطبيق القاعدة القانونية أن تكون مجردة في حكمها .

التجار دون غيرهم كأصل عام ، بل ومن القواعد القانونية ما لا تنطبق إلا على شخص واحد، وذلك على الوجه الذي سبق أن أوضحناه ، طالما لم يتم تحديده وتعيينه بالذات .

وهكذا نرى أن القاعدة القانونية مجردة الفرض ، عامة الحكم ، وفي معنى آخر مجردة التكوين ، عامة التطبيق[1] .

ويترتب على اتصاف القاعدة القانونية بالتجريد والعموم كفالة المساواة والعدل بين الأفراد ، وتحقيق النظام والاستقرار في المجتمع .

وترجع علة صياغة القاعدة القانونية صياغة مجردة عامة إلى طبيعة ما تواجهه من فروض مختلفة وحالات غير متناهية يتعذر حصرها مقدماً ليفرض لكل منها حلاً خاصاً ، فالنصوص متناهية والحوادث غير متناهية[2]، هذا بالإضافة إلى أن العدل والمساواة تقتضيان العموم والتجريد ؛ لذلك فإن المشرع يضع القواعد القانونية على أساس الوضع

(1) يلاحظ أن الفصل بين صفتي العموم والتجريد ليس دائماً بالأمر الواضح ، وغالباً ما تختلط هاتان الصفتان لتعبّرا عن معنى واحد ، هو حياد القاعدة القانونية وما يترتب على ذلك من عموم تطبيقها، ويستوجبه من تجريد فرضها ، يلاحظ أيضاً أن بعض الشراح رأى أنه يمكن أن توجد إلى جانب القواعد القانونية العامة المجردة قواعد غير عامة وغير مجردة ، أي : قواعد فردية تخاطب شخصاً معيناً بذاته أو أشخاصا معينين بذواتهم. راجع في عرض هذا الرأي ، وانتقاده ، دابان ، نظرية القانون، 1969 ، فقرة رقم 80، ص 93 – عبدالحي حجازي ، نظرية القانون ، 1972، فقرة رقم85 ، ص 137 .

(2) وتجدر الإشارة إلى أن المغالاة في تجريد القاعدة القانونية ، وإن ترتب عليها العدل والمساواة ، فإنها قد تبعد بالقاعدة القانونية عن العدالة الحقيقية أو الواقعية التي تراعي الظروف الخاصة في بعض الحالات؛ لذلك نجد المشرع يتدخل بالعديد من الوسائل للتخفيف من حدة تجريد القواعد القانونية: فأحياناً يقوم بنفسه وبطريقة مباشرة بالتغيير في الأحكام التي يقررها وفقاً لتغير الفروض والوقائع التي تواجهها هذه الأحكام ، من ذلك اعتداده ببعض الظروف التي تحيط ارتكاب بعض الجرائم للتغيير في الحكم الذي يقرره ، أي : العقوبة ، تشديداً أو تخفيفاً ، من ذلك أيضاً الاعتداد بالباعث الدافع إلى ارتكاب الجريمة ، كما في حالة الزوج الذي يفاجأ بزوجته حال تلبسها بالزنى ، فيقتلها ، أو يقتل من يزني بها ، أو يقتلهما معا ، فقد جعل المشرع هذه الجريمة جنحة بدلاً من جناية مراعاة لحالة الزوج الذي يفاجأ بزنى زوجته وخيانتها له . وأحياناً أخرى يمنح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تطبيق النص القانوني ليراعي الظروف الخاصة لكل حالة على حدة ، فيتحقق بذلك «التفريد» الذي أغفله النص، راجع سعيد الصادق ، نظرية القانون ، 1985 ، ص 34 .

الغالب ، ولا يأخذ – عادة – في اعتباره الظروف الخاصة لبعض أفراد المجتمع ،كما هو الحال في النصوص التي تحدد سن الرشد ، على ما سنرى تفصيلاً .

المطلب الثاني

صفة الإلزام في القاعدة القانونية

معنى الإلزام :

10- تهدف القاعدة القانونية إلى إقامة النظام في المجتمع بتنظيم ، وترشيد سلوك الأفراد ، عن طريق وضع القيود على تصرفاتهم وحرياتهم ، تلك القيود التي تظهر في صورة أوامر ونواهي . وذلك يستوجب أن تكون قواعد القانون ملزمة ، واجبة الاتباع ، ولو بالقسر إذا ما اقتضى الأمر ذلك ، فالقاعدة القانونية تأمر وتنهى ، لا تنصح ولا ترشد .

وصفة الإلزام في القاعدة القانونية صفة ضرورية ؛ حيث لا يمكن تصور ترك تنفيذ القواعد القانونية لمحض مشيئة الأفراد ورغبتهم ، إن شاءوا اتبعوها ، وإن شاءوا أهملوها ، وإلا لجعلنا إقامة النظام في المجتمع رهن مشيئة أفراده خاصة ، وأنه كثيراً ما يتعارض نظام المجتمع وصالحه مع الصالح الخاص لبعض الأفراد [1] ؛ لذلك فإن طبيعة قواعد القانون والهدف منها يستلزمان أن تكون هذه القاعدة ملزمة وليست اختيارية .

وسيلة الإلزام :

11- يتحقق إلزام القاعدة القانونية إما عن طريق الإجبار والإكراه على اتباع حكمها ، أي : تنفيذها جبراً ، وإما عن طريق التهديد بتوقيع جزاء معين في حالة مخالفتها ، مما يدفع الأفراد إلى احترام قواعد القانون وتنفيذها .

---

(1) فالقاعدة القانونية غير المزودة بجزاء يجعلها ملزمة واجبة الاحترام تكون ، كما يقول أهرنج ، ناراً لا تحرق ، ونوراً لا يضيء .
راجع ثروت أنيس الأسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، ص 69 رقم 87 ، ويرى أهرنج أن القهر هو الذي يميز عالم القانون عن غيره .

والواقع أن التنفيذ الجبري [1] للقواعد القانونية لا يمكن اللجوء إليه دائماً ، خاصة إذا كانت مخالفة القاعدة قد وقعت بالفعل ، وتعذر تداركها ؛ لذلك فالمهم في إلزام القاعدة القانونية بالجزاء الذي يقترن بها ، ويهدد كل من يخالفها .

الجزاء في القاعدة القانونية:

12- يتضح لنا مما سبق أن وسيلة إلزام القواعد القانونية وضمان احترام الأفراد لها يكمن ، بصفة أصلية ، في الجزاء [2] الذي يرتبط بها ، والذي

(1) ومن أمثلة التنفيذ الجبري لحكم القانون قيام السلطة العامة بإزالة المباني المقامة بالمخالفة للقواعد المنظمة لشروط البناء ، ومن أمثلته أيضاً البيع الجبري لممتلكات المدين استيفاء لحقوق دائنيه ، وقد يتحقق الإجبار على تنفيذ حكم القانون بطريق غير مباشر كما في الغرامة التهديدية التي يكون القصد منها حمل المدين ودفعه إلى تنفيذ التزاماته تجاه الدائن .

راجع في الغرامة التهديدية باعتبارها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ الجبري للالتزام ، مؤلفنا في أحكام الالتزام ، الكويت 95/1996 فقرة رقم 25، ص 30وبعدها .

(2) على الرغم من أن الجزاء تقرر لفرض احترام القاعدة القانونية ، فإن هناك من أنكر اعتباره من خصائصها مقرراً أن الجزاء ليس ضرورياً للقاعدة القانونية ، ويستدل على ذلك بالقول إن هناك من القواعد القانونية ما لا تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها ، ومن أمثلتها المادة (37) من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تقرر : «لكل من شاهد الجاني متلبساً بجناية أو جنحة يجوز فيها قانوناً الحبس الاحتياطي أن يسلمه إلى أقرب رجال السلطة دون احتياج أمر بضبطه » . فوفقاً لهذا الاتجاه لا يوجد جزاء يوقع على من يشاهد الجاني ولا يضبطه .

كما يستند هذا الاتجاه على قواعد القانون الدولي العام ، وقواعد القانون الدستوري ، التي يرى أنها غير مزودة بجزاء يكفل احترامها ، ففي مثل هذه الحالات توجد قواعد قانونية لا ينازع فيها أحد على الرغم من كونها غير مزودة بجزاء ، وينتهي هذا الرأي بأن الجزاء وإن كان مرافقاً طبيعياً للقاعدة القانونية فإنه ليس من خصائصها الأساسية .

انظر في هذا الاتجاه : أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القاعدة القانونية ، 1974 ص 56 وبعدها .

غير أن الرأي السائد يرى أن الجزاء أمر لازم للقاعدة القانونية ، لا توجد بدونه ، وذلك على الوجه الوارد بالمتن . راجع في ضرورة الجزاء في القاعدة القانونية :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص 16 فقرة رقم 12- سليمان مرقس، ص 25 فقرة 12- محمد على عرفة ، مبادئ العلوم القانونية ، ص 36 ، منصور مصطفى منصور، ص19 ، عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية القانون ، ص 10 ، شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، الطبعة الأولى ، ص 22 ، ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، 1974، ص 218 فقرة =

تواجه به السلطة العامة خرق هذه القواعد .

فالجزاء هو الوسيلة المناسبة لفرض احترام القواعد القانونية وتنفيذها ، بسبب ما يتضمنه معنى الإجبار والقسر على تنفيذ وإطاعة هذه القواعد ؛ لذلك فإن وظيفة الجزاء هي ضمان احترام قواعد القانون وتنفيذها من الأفراد .

غير أن ضرورة الجزاء في القاعدة القانونية لا يعني أن طاعتها تستند دائماً إلى الخشية من هذا الجزء ، بل إن هذه الطاعة كثيراً ما تستمد من انصياع الأفراد اختياراً لقواعد القانون وقبولهم حكمها ، فالقانون لا يطاع دائماً خوفاً من الجزاء ، وإنما اقتناعا بهدفه ورغبة في إقرار النظام في المجتمع .

فالجزاء هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قواعده وأحكامه [1]

خصائص الجزاء :

13- يتميز الجزاء القانوني بثلاث خصائص : فهو جزاء مادي ، وحال ، ومنظم.

(أ) – الجزاء القانوني جزاء مادي : المقصود بذلك أن الجزاء القانوني جزاء حسي ، أي : جزاء خارجي ملموس ، يلحق المخالف في جسده أو في ماله ، فيحس به ويستشعره مادياً ، وليس مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي يقتصر على تأنيب الضمير واستهجان الأفراد واستنكارهم

= رقم 144 . نشير أخيراً إلى أن هناك من رأى أن الجزاء لازم عند مخالفة القاعدة القانونية ، وليس عند قيامها، فهناك جزاء لأن القاعدة ملزمة ، ولا يجوز القول بأن القاعدة ملزمة لوجود الجزاء ، انظر نعمان جمعه ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، 1979 ، ص 51 .

(1) فما يميز الجزاء القانوني أنه لا يترتب إلا على مخالفة القاعدة القانونية ، ولا يجوز أن يكون أثراً يترتب على اتباعها كمكافأة من يحترم قواعد القانون مثلاً ، وإلا كان في ذلك تخيير للأفراد في اتباع القاعدة وعدم اتباعها ، وهذا يتعارض مع صفة الإلزام التي تميز القاعدة القانونية ، والتي تجعل تنفيذها واجباً على الأفراد.

للمخالف ، كما هو الحال عند مخالفة قواعد الآداب والأخلاق .

(ب) – **الجزاء القانوني جزاء حال** : بمعنى أنه يلحق المخالف في الحال بمجرد التحقق من ثبوت المخالفة ، ولا يؤجل ، وهو في ذلك يختلف عن الجزاء الديني الأخروي الذي يطبق في الآخرة عند الحساب ، ويتمثل في سوء العقاب والهدف منه غرس الاعتقاد ، وتثبيت الإيمان في نفوس البشر .

(ج) – **الجزاء القانوني جزاء منظم توقعه السلطة العامة** : يتميز الجزاء القانوني بأن إعماله وتوقيعه على المخالفين لحكم القانون متروك للسلطة العامة[1] ، كما يتميز بأنه جزاء محدد ؛ لأن السلطة العامة في توقيعه ليست مطلقة العنان ، بل هي مقيدة بالجزاءات التي يفرضها القانون ويحددها مقدماً ، والتي تختلف باختلاف القواعد القانونية المهدرة[2].

أنواع الجزاء :

14– الجزاء القانوني له أنواع وصور عدة ، تختلف باختلاف طبيعة القاعدة المقرر لكفالة احترامها، فهناك الجزاءات الجنائية ، والجزاءات المدنية والجزاءات الإدارية أو التأديبية ، والجزاءات الدولية ... إلخ .

وداخل كل مجموعة من هذه الجزاءات تتعدد أيضاً أشكالها ، وتتدرج

---

(1) بعكس ما كان عليه الحال في المجتمعات القديمة حيث كان يسود نظام الثأر والقصاص الخاص أو الفردي، ومعه كان يقوم كل فرد بالقصاص لنفسه ورد الاعتداء على من اعتدى عليه سواء بنفسه أو بمعاونة قبيلته .

وعلى الرغم من اختفاء نظام القصاص الفردي أو الخاص فإن بعض الفقهاء يرى أنه مازال هناك أثر له يتمثل بصفة خاصة في الدفاع الشرعي ، وفي حق الحبس ، غير أننا لا نرى في هذين النظامين نوعاً من الجزاء، وإنما نواجه مجرد دفع للاعتداء في حالة الدفاع الشرعي ، وإجراء احترازي في حالة الحق في الحبس .

(2) والخصائص الثلاث للجزاء المشار إليها بالمتن تمثل الأصل العام في الجزاء ؛ إذ يرى بعض الفقهاء أن الجزاء يمكن أن يكون ، بصفة خاصة في القانون الدستوري ، جزاء غير مادي ، كما يمكن ألا يناط تطبيقه بالسلطة العامة ، راجع عادل الطبطبائي ، النظام الدستوري في الكويت ص 32 وما بعدها .

من حيث قوتها ونوعيتها . ففي الجزاءات الجنائية مثلاً نجد منها ما يمس الشخص في جسده وحريته ، ومنها ما يقتصر على ماله ، وفي الأولى نجدها تتدرج من الحبس المؤقت إلى الحبس المؤبد ، وقد تصل إلى فقدان الشخص حياته بإعدامه[1] .

ونشير فيما يأتي ، بقدر من الإيجاز إلى أهم الجزاءات القانونية :

(أ) - الجزاء الجنائي :

15- يقصد بالجزاء الجنائي الجزاء الذي يقرره قانون العقوبات ليوقع على من يخالف أحكامه ، فهو العقوبة التي تطبق على من يرتكب جريمة جنائية .

ويتميز الجزاء الجنائي بأنه يهدف إلى حماية أمن المجتمع بالحفاظ على الصالح العام ، ولذلك فهو أشد أنواع الجزاءات . ولتعلق الجزاء الجنائي بالصالح العام فإن أمره يترك للسلطة العامة المختصة في الدولة ، وهي النيابة العامة ، فهي التي تطالب بتطبيقه ، وليس الأفراد ، كما هو الحال مع الجزاءات المدنية .

وتتدرج الجزاءات الجنائية شدة وضعفاً ، بحسب نوع الجريمة ومدى خطورتها ، فيمكن التمييز داخل الجزاءات الجنائية بين الجزاءات البدنية أو الجسدية ، والجزاءات المالية ، هذا بالإضافة إلى الجزاءات التبعية والتكميلية .

---

(1) كما تختلف الجزاءات القانونية من حيث الهدف المباشر الذي تسعى إلى تحقيقه ، فقد يكون هذا الهدف العقاب كما في مخالفة قواعد القانون الجزائي ، وقد يكون الهدف التعويض وجبر الضرر الذي ترتب على مخالفة القواعد القانونية التي تحمي المصالح الخاصة .

وقد يتمثل الجزاء في تنفيذ حكم القانون تنفيذاً جبرياً ، كما في حالات التنفيذ الجبري على أموال المدين، أخيراً قد يتمثل الجزاء في عدم الاعتداد بالتصرفات القانونية المخالفة للقانون كما في نظام البطلان والفسخ وعدم النفاذ

راجع لمزيد من التفاصيل ستارك ، مقدمة للقانون ، الطبعة الثالثة ، بواسطة رولاند ولوريه بوير ، باريس ، ص 36 وما بعدها .

الجزاءات البدنية : هي التي تقع على جسم المجرم ، ويترتب عليها إما موته ، أي : الإعدام ، وإما تقييد حريته ، أي : حبسه حبسا مؤبدا أو مؤقتا[1].

الجزاءات المالية : وتسمى الغرامات ، وتؤول حصيلتها إلى خزينه الدولة، فلا يحصل عليها المجني عليه .

الجزاءات التبعية والتكميلية : هي جزاءات تطبق تبعاً لتطبيق بعض الجزاءات الجنائية ، ومن أمثلتها الحرمان من الحقوق السياسية ، وتحديد الإقامة ، والابعاد ، والمصادرة . [2]

(ب) – الجزاء المدني :

16– الجزاء المدني هو الذي يترتب آثر مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص، فالهدف منه حماية الحقوق الخاصة وليس الحق العام ، لذلك فالأصل ألا يترتب هذا الجزاء إلا بناء على طلب ذي المصلحة فيه ، وهو من وقع الاعتداء على حقه[3] .

وللجزاء المدني صور متعددة منها : بطلان التصرفات القانونية ، وفسخها، وعدم نفاذها ، والمسؤولية المدنية وما ترتبه من تعويضات ، والغرامة التهديدية وشهر إفلاس التاجر .

---

(1) والحبس المؤبد يستغرق حياة المحكوم عليه ، ويكون مقترناً بالشغل دائماً ، أما الحبس المؤقت فلا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ، ولا تزيد عن خمس عشرة سنة . راجع المادتين (61) ، (62) من قانون الجزاء .

ووفقاً للمادة (63) من قانون الجزاء إذا بلغت مدة الحبس المحددة في الحكم ستة أشهر فأكثر ،كان حبساً مقترناً بالشغل ، وإذا لم تزد عن أسبوع كان حبساً بسيطاً ما لم تقض المحكمة بأن يكون حبساً مع الشغل .

(2) راجع المادة (66) من قانون الجزاء الكويتي . ووفقا للمادة (67) من قانون الجزاء تعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية ، وتعد تكميلية إذا كان توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها ، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجازه له .

(3) واستثناء من ذلك قد يتعلق الجزاء المدني بالصالح العام كما في حالة بطلان التصرفات القانونية ، لذلك يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به من له مصلحة .
انظر مؤلفنا في العقد والإرادة المنفردة ،الكويت 1995 ، فقرة رقم 424 ، 425 .

وقد يجتمع الجزاء المدني مع الجزاء الجنائي ، ويتحقق ذلك عندما يترتب على نفس الفعل مساس بالصالح العام والمصالح الخاصة بأحد الأفراد ، كما في حالة القتل والإصابة ؛ حيث يعاقب الجاني بعقوبة جنائية ، كما يلزم بتعويض الأضرار المترتبة على فعله .

(ج) – الجزاء الإداري :

17– هو الذي يوقع عند مخالفة قواعد وأحكام القانون الإداري ، كبطلان العقد الإداري وعدم نفاذه ، وغرامات التأخير التي توقعها جهة الإدارة ، وسحب الرخص ، وغلق المنشآت التجارية والصناعية .

ويتفرع عن الجزاء الإداري الجزاء التأديبي ، وهو الجزاء الذي يوقع على موظفي الدولة في حالة الإخلال بواجبات الوظيفة العامة ، وتتمثل هذه الجزاءات في الإنذار ، والخصم من المرتب ، وخفض المرتب ، وخفض الدرجة ،والعزل من الخدمة .[1]

(د) – الجزاء الدولي :

18– الجزاء الدولي هو الذي يهدف إلى احترام قواعد القانون الدولي ، لذلك فهو يوجه إلى الدول التي تنتهك هذه القواعد ، وتنقسم هذه الجزاءات إلى جزاءات عنيفة مثل الحصار والتدخل الحربي [2]، وجزاءات سلمية مثل قطع

---

(1) راجع المادة (28) من قانون الخدمة المدنية ،وللمزيد من التفاصيل ، عادل الطبطبائي : قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد ، الكويت 1983 ص 266 وبعدها . ويندرج تحت الجزاء التأديبي الجزاءات التي توقعها الجمعيات والنقابات على أعضائها عند مخالفتهم لوائحها ونظمها . راجع جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون – نظرية القانون ، 1966 ، دار النهضة العربية ، ص 25 .

(2) نصت المادة (43) من ميثاق الأمم المتحدة على أن : «يتعهد جميع أعضاء الأمم المتحدة في سبيل المساهمة في حفظ السلم والأمن الدوليين أن يضعوا تحت تصرف مجلس الأمن بناء على وطبقاً لاتفاق أو اتفاقيات خاصة ما يلزم من القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات الضرورية لحفظ السلم والأمن الدوليين ومن ذلك حق المرور».

العلاقات الدبلوماسية ، وقطع العلاقات الاقتصادية وقطع المواصلات[1].

الجزاء والإجراءات الاحترازية :

١٩- الجزاء القانوني بما له من معنى القهر والإجبار على تنفيذ حكم القانون يختلف عن الإجراءات الاحترازية أو الوقائية ، فالجزاء مهما تعددت أنواعه وصوره لا يخرج في مضمونه وهدفه عن إزالة أثر المخالفة التي وقعت ، أو إيلام الجاني بإيقاع عقوبة عليه قصاصاً عما اقترف من مخالفة ، لذلك فالجزاء لا يكون إلا في صورة عقوبة ، ولا يكون في المكافأة ، لما يتضمنه من معنى الأمر والإكراه على اتباع حكم القانون ، وليس مجرد الترغيب في ذلك ، وترك الأمر لمحض إرادة الشخص إن شاء التزم ، وإن شاء خالف .

أما الإجراءات الوقائية أو الاحترازية فالغرض منها التأمين والاحتراز ضد ما قد يهدد الشخص من أخطار مستقبلية باتخاذ بعض الإجراءات التي يحتاط بها ضد هذه الأخطار .

ومن أمثلة الإجراءات الاحترازية أو الوقائية ما نصت عليه المادة (244) من القانون المدني من أنه يجوز لكل من يتهدده ضرر من شيء معين أن يطالب مالكه أو حارسه باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطره .

---

(١) وفقاً للمادة (41) من ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته ، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير ، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية واللاسلكية .

المطلب الثالث

الصفة الاجتماعية للقاعدة القانونية

تمهيد :

20- تتصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة اجتماعية تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع ، فهي قاعدة اجتماعية أولاً ، وتنظم سلوك الأفراد الخارجي ثانياً .

غير أن القاعدة القانونية ليست هي القاعدة الاجتماعية الوحيدة ، وإنما توجد بجانبها بعض القواعد الاجتماعية الأخرى التي تقوم بدورها بتنظيم المجتمع ، كالقاعدة الدينية والقاعدة الأخلاقية ، وذلك يقتضي منا التمييز بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى ، وهذا هو الموضوع الثالث الذي نتناوله إلى جانب الموضوعين السابقين المشار إليهما في أولاً وثانياً ، بذلك تكون دراستنا للصفة الاجتماعية للقاعدة القانونية على الوجه الآتي :

أولاً- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية .

ثانياً - القاعدة القانونية قاعدة سلوك خارجي .

ثالثاً -علاقة القاعدة القانونية بغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى .

أولاً- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية :

21- ترمي القاعدة القانونية إلى إقامة النظام في المجتمع بتنظيم أنشطة الأفراد وإزالة تعارضها[1] ، وذلك يستتبع بالضرورة وجود المجتمع الذي يقوم

---

(1) فالهدف من القانون هو تنظيم سلوك الأفراد وأنشطتهم في المجتمع ، إما مباشرة عن طريق الأوامر والنواهي ، كحظره للقتل والسرقة ، وتطلبه اليقظة والتبصر عند مزاولة الأنشطة الاجتماعية ، وإما بطريق غير مباشر عن طريق تقرير أوضاع أو مراكز قانونية ، وحيث يكون هدفه من ذلك توجيه=

القانون بتنظيم أنشطته المتباينة . فإذا وجد المجتمع – الذي تبلورت صورته حالياً في شكل الدولة بتعريفها ومضمونها السياسي – وجد القانون . ولكن ذلك لا يعني أن القانون قاصر على الدولة دون غيرها من الجماعات ، بل هو ظاهرة اجتماعية، يوجد في كل جماعة أياً كان شكلها ؛ إذ إن مناطه وهدف وجوده، هو التنظيم وإقامة النظام ، وذلك مطلوب في كل تجمع أياً كان شكله أو صورته أو مضمونه.

وحتى يأتي القانون بثماره، وهو التنظيم، فلابد من خضوع الجماعة بأكملها لقواعده ، حكاماً ومحكومين ، رؤساء ومرؤوسين ، مواطنين وأجانب، كما تخضع له الدولة بأجهزتها المختلفة ، وذلك ما يعبر عنه بسيادة القانون في الجماعة.

ويترتب على ارتباط القانون بالمجتمع واتصافه بأنه ظاهرة اجتماعية، أن قواعده لا تكون ثابتة أزلية ، بل هي متطورة ومتغيرة من مجتمع لآخر ، وفي المجتمع الواحد قد يتغير مضمون القواعد القانونية التي تنظمه من زمن لزمن آخر، فما كان يسود في عصور سابقة قد لا يتمشى مع ما يظهر من ظروف في فترات زمنية لاحقة ، والقواعد التي تنظم مجتمعات البدو ليست بعينها تلك التي تنظم مجتمعات المدن المتحضرة .

ثانياً ـ القاعدة القانونية قاعدة سلوك خارجي :

22– القاعدة القانونية قاعدة سلوكية بحسب الأصل ، بمعنى أنها تهتم بسلوك الأفراد وأنشطتهم الخارجية، فهي تهتم بما يظهر الأفراد وليس بما يبطنون، باعتبار أن اهتمامها ينصب على العلاقات التي تنشأ في المجتمع ، ولا تتوافر هذه العلاقات إلا بوجود مظهر خارجي لسلوك الأفراد .

= السلوك البشري وفقاً لما تقتضيه هذه الأوضاع والمراكز القانونية .

راجع منصور مصطفى منصور ، مذكرات في أصول القانون ، غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت 89/1990، ص 19 .

ولكن ذلك لا يعني أن القانون يغفل كلية النوايا والبواعث ، ويقصر اهتمامه على الأفعال الخارجية للأفراد فقط ، فالقانون يعتد في الكثير من المسائل بنية الفرد ومقصده طالما اتصل بنشاطه الخارجي ، من ذلك اشتراط حسن النية لدى حائز المنقول لإمكان تملكه[1] ، واشتراط مشروعية الباعث لصحة العقد[2].

كما يشدد القانون عقوبة القتل الذي يقترن بسبق الإصرار من القاتل ، معتداً في ذلك بنيته طالما تم ظهورها في الحيز الخارجي .

ففي الحالات السابقة ، وغيرها كثير ، يعتد القانون بالنية ، وهي أمر باطن، ولكن بشرط أن يوجد من الأفعال الخارجية الظاهرة ما يكشف عنها بفعل مادي خارجي ملموس ، أي : إذا اتصلت بالنشاط الخارجي للأفراد[3].

ثالثاً – علاقة القاعدة القانونية بغيرها من القواعد الاجتماعية :

23– نظراً لما للقانون وقواعده من صفة اجتماعية فإنه وطيد الصلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، وفي مقدمتها علم الاجتماع [4] ، وعلم النفس[5] ،

---

(1) وفي ذلك تقرر المادة (937) من القانون المدني : من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وكان حسن النية وقت حيازته ، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة .

(2) راجع المادة (176) من القانون المدني التي تقرر : « يبطل العقد ، إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع».

(3) انظر لمزيد من التفاصيل : جلال إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ، ص 34، 35 ، محمد لبيب شنب ، مذكرات في المدخل لدراسة القانون ، 75 – 1976 دار النهضة العربية ، ص 21 ، حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، 1988 ، دار النهضة العربية ، ص 7 .

(4) فالقانون يستمد الكثير من عناصر قواعده القانونية من علم الاجتماع ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالحقائق والمظاهر الاجتماعية التي تؤثر في السلوك البشري.

(5) ويظهر ارتباط القانون بعلم النفس بدرجة واضحة في نطاق العلوم الإجرامية .

والعلوم السياسية [1] ، والعلوم الاقتصادية [2] ،غير أن هذه الصلة تقوى وتظهر بصفة خاصة بالنسبة لبعض القواعد الاجتماعية مثل قواعد الأخلاق ، والقواعد الدينية ، وقواعد المجاملات أو العادات الاجتماعية بصفة عامة . واستكمالاً لدراسة الصفة الاجتماعية للقاعدة القانونية ، نوضح فيما يأتي العلاقة بين هذه الأخيرة وغيرها من القواعد الاجتماعية، أي : القواعد الخلقية ، والقواعد الدينية ، وقواعد المجاملات أو العادات الاجتماعية[3].

(أ) – القاعدة القانونية والقاعدة الخلقية :

24– يقصد بالقاعدة الخلقية المبادئ السامية التي تستقر في نفوس الأفراد في حقبة معينة من الزمن ، والتي تكون واجبة الاتباع لكونها ترجمة للمثل التي يجب أن تسود علاقاتهم وأنشطتهم ، وتستمد القاعدة الخلقية قوتها واحترامها مما يهدد من يخالفها من سخط وازدراء الآخرين .

بينما عرفنا أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ملزمة ، تنظم سلوك الأفراد، ولها جزاء مادي حال .

ومن التحديد السابق يتضح أن هناك عدة فروق بين القاعدة القانونية والقاعدة الخلقية تتمثل في الآتي :

---

(1) يقوم القانون في نطاق العلوم السياسية بتنظيم النشاط السياسي للدولة سواء فيما يتعلق بمنظماته أو بقواعده، فالقانون الدستوري هو الذي يحدد نظام الحكم وشكل الحكومة ، كما يحدد السلطات العامة ، وينظم التعاون بينها .

(2) وتظهر علاقة القانون بعلم الاقتصاد في مجال الاقتصاد السياسي الذي ينظم الروابط الاقتصادية ، ويحدد المذهب الاقتصادي المتبع ، وما إذا كان مذهب الاقتصاد الحر ، أو مذهب الاقتصاد الموجه ، أو الجمع بينهما، ويظهر ذلك من خلال القيود التي يفرضها القانون في مجال معاملات الأفراد بالخروج على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد .

(3) راجع العلاقة بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية .
– عبدالرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبوستيت : أصول القانون ، فقرة رقم 14 ، حسام الدين كامل الأهواني : أصول القانون ، 1988 ، ص 23 ، جميل الشرقاوي ، ص 31، عبدالمنعم البدراوي ، ص 34 .

أولاً - فيما يتعلق بهدف كل منهما : فبينما الهدف أو الغاية من القاعدة القانونية غاية تنظيمية نفعية ، حيث إن هدفها تنظيم علاقات وأنشطة الأفراد تحقيقاً للصالح العام ، فإن غاية القاعدة الخلقية غاية مثالية ؛ لأنها تهدف إلى الارتفاع بالأفراد ، بتفكيرهم وتصرفاتهم نحو السمو والكمال بحضهم على التحلي بالفضائل والبعد عن الرذائل [1].

ثانياً - فيما يتعلق بوسيلة تحقيق الهدف من كل منهما : إذ بينما تستند القاعدة القانونية في تحقيق غايتها وإعمال حكمها إلى ما يرافقها من جزاء مادي حال يناط توقيعه بالسلطة العامة ، نجد أن جزاء القاعدة الأخلاقية جزاء أدبي يتوقف على شعور الفرد ونمو ضميره وموقف الآخرين منه .

ثالثاً - من حيث نطاق كل منهما : فالقاعدة القانونية غالباً ما تقف عند سلوك الأفراد وتصرفاتهم الخارجية دون اعتداد بنياتهم وبواعثهم ، على الوجه السابق إيضاحه ، بعكس القاعدة الأخلاقية التي تتغلغل لتصل إلى ضمائر الأفراد ، ولا تقتصر على أنشطتهم الظاهرية .

رابعاً - من حيث مدى وضوح كل منهما : فالقاعدة القانونية تستمد أحكامها من تشريع أو من عرف أو أحكام الدين ، وجميع هذه المصادر تتسم بقدر من الوضوح والتحديد ، أما القاعدة الأخلاقية فترجع إلى أحاسيس الأفراد والشعور العام للجماعة، وهي أفكار يعوزها الضبط والتحديد .

(2) – القاعدة القانونية والقاعدة الدينية :

25– القواعد الدينية هي الأوامر والنواهي التي تأتي بها الأديان السماوية، ويلتزم بها الأفراد، وإلا تعرضوا للعقاب الأخروي الإلهي .

---

(1) ويترتب على اختلاف الغاية في القانون عن الأخلاق اعتناق القانون لبعض الأنظمة التي تتنافى مع الأخلاق ، كما هو الحال في نظام التقادم .

ويمتد نطاق القواعد الدينية ليشمل ثلاث طوائف من الواجبات، هي : واجب الفرد نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، ثم واجبه نحو غيره من الأفراد. وفي هذه الطائفة الثالثة من الواجبات تشترك القواعد الدينية والقواعد القانونية معاً، حيث تبين كل منهما ما يجب على الأفراد مراعاته من قواعد عند تعاملهم بعضهم مع بعض، وهنا، أي في هذه الطائفة الثالثة، يقوم التشابه بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية[1].

ولكن التشابه بينهما يقف عند هذا الحد ، وتختلفان بعد ذلك من حيث :

(أ) – مصدر كل منهما، فالقواعد الدينية مصدرها الوحيد الشرائع الدينية ، أما القواعد القانونية فمصادرها متعددة كما سنرى .

(ب)– ومن حيث الجزاء الذي يطبق عند مخالفتها ، فهو جزاء دنيوي مع القواعد القانونية، وجزاء أخروي مع القواعد الدينية .

(ج)– ومن حيث من يملك تطبيق هذا الجزاء ، فالذي يتولى توقيع جزاء مخالفة القواعد الدينية هو المولى عز وجل ، وليست السلطة العامة كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية .

(3) – القاعدة القانونية والعادة الاجتماعية :

26– العادات الاجتماعية هي التقاليد والسنن التي تواتر الأفراد في مجتمع معين، وفي زمن محدد، على اتباعها في مناسبات وظروف معينة، تعبيراً عما يسود حياتهم من تضامن اجتماعي[2]، ومن أمثلتها تقديم المواساة في

---

(1) وتجدر الإشارة إلى أن القواعد القانونية كانت تتمثل في الماضي في القواعد الدينية، بل ومازالت القواعد الدينية تعد في بعض البلاد العربية والإسلامية المصدر الأساسي للقواعد القانونية ، فبعض الدول تقوم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي مباشرة، باعتبارها القانون الرسمي ، وبعض آخر يستقي قواعده القانونية من الشريعة الإسلامية . وفي الكويت تنص المادة الثانية من دستورها على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع .

راجع للمزيد من التفاصيل لاحقاً عند دراستنا للدين باعتباره مصدراً للقواعد القانونية .

(2) فالمقصود هنا العادات الاجتماعية السوية النافعة، وليست الضارة ، والتي غالبا ما تستند إلى قواعد المجاملات.

الشدائد ، والمشاركة في المسرات. وتبادل الزيارات ، وتقديم الهدايا والمساعدات النقدية والعينية في بعض المناسبات.

والعادات الاجتماعية غير ملزمة قانوناً – بحسب الأصل –، وإنما يتوقف اتباعها على ما يسود الأفراد من علاقات حسنة وروح طيبة، ولا يوجد ما يلزمهم باتباعها سوى إحساسهم الشخصي ووازعهم النفسي على ضرورة تضامنهم .

فجزاء العادة الاجتماعية أدبي، وليس مادياً، بعكس القاعدة القانونية؛ لذلك فالعادات الاجتماعية أو قواعد المجاملات ، ولو أنها من قواعد السلوك الاجتماعي إلا أنها لا ترتفع إلى منزلة القاعدة القانونية لكونها غير ملزمة من الوجه القانونية[1] .

27– ننوه في النهاية إلى أنه على الرغم مما توضح من فروق بين القواعد القانونية من ناحية ، وقواعد الأخلاق ، والقواعد الدينية ، والعادات الاجتماعية من ناحية أخرى ، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون نفس القاعدة قانونيةً وخلقيةً معاً، أو قانونية ودينية ، بل قد تكون قاعدة قانونية وخلقية ودينية في آن واحد .

فتحريم الاعتداء على الغير في نفسه أو عرضه أو ماله ، والحثُّ على الوفاء بالعهد ، وعدم التعسف في استعمال الحق ، كلها مسائل تصلح لأن تكون مجالاً خصباً لكل من قواعد الأخلاق وقواعد القانون .

كذلك القتل والسرقة أفعال يحظرها القانون، ويحرمها الدين ، وأيضا تأباها الأخلاق .

(1) ويرجع عدم إلزام العادات الاجتماعية وارتفاعها إلى مستوى القواعد القانونية إلى كون القيم التي تقوم عليها هذه العادات أقل أثرا نحو إقرار النظام والأمن في المجتمع مقارنة بالقواعد القانونية التي تتصل وتؤثر تأثيراً مباشراً في إقرار النظام الاجتماعي .
راجع في هذا المعنى بول اسمان : مكانة القانون في الحياة الاجتماعية ، مقدمة في دراسة القانون، ج(1) 1951 ص 111 وبعدها .

وعلى العكس مما سبق فقد تؤدي اعتبارات الصالح العام وضرورة الحفاظ على استقرار النظام في المجتمع إلى الأخذ ببعض القواعد القانونية المخالفة لما استقرت عليه مبادئ الأخلاق ، ويظهر ذلك بصفة خاصة في القواعد التي تحول دون العقاب بمضي مدة معينة على ارتكاب الجريمة ، والقواعد التي تمنع سماع الدعوى المدنية بالحق بمضي مدة معينة دون المطالبة به قضاء ، والقواعد التي تتطلب إثبات الحق كتابة إذا جاوز مبلغاً معيناً[1] .

(1) راجع ابراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، ص ١٩ .

المبحث الثاني

أنواع القواعد القانونية

(القواعد الآمرة والقواعد المكملة)

تمهيد :

28- يقوم الفقه عند تعرضه للقواعد القانونية بتقسيمها وتصنيفها إلى عدة تقسيمات .

- فالقاعدة القانونية تصنف أولاً ، من حيث شكلها وصورة ظهورها ، إلى قواعد مكتوبة، وقواعد غير مكتوبة : ويقصد بالأولى تلك التي تقوم بسنها السلطات التشريعية المختصة، وتظهر في صورة التشريعات . أما القواعد غير المكتوبة فالمقصود بها القواعد العرفية ، مع ملاحظة أن ورود مثل تلك القواعد في كتابات الفقهاء ومؤلفاتهم أو في الأحكام القضائية لا يغير من وصفها شيئا، باعتبارها قواعد عرفية ، فالأصل في تحديد نوع القاعدة، وما إذا كانت مكتوبة أي: تشريعية ، أو غير مكتوبة ، أي: عرفية، هو بنشأة القاعدة وميلادها .

- وتصنف القواعد القانونية ثانياً ، إلى قواعد موضوعية، وقواعد إجرائية، أو شكلية ، والقواعد الموضوعية هي التي تتناول بالتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم ، كقواعد القانون المدني والقانون التجاري ، وغيرها من القواعد التي تحدد مصادر الحقوق، ومداها، واستعمالها، وانقضاءها . بينما لا تتعرض القواعد الإجرائية إلا للجانب الشكلي والإجرائي لوضع الحقوق والواجبات موضع التنفيذ ، ومن أمثلتها قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقواعد الإجراءات الجزائية .

- وتصنف القواعد القانونية ثالثاً ، إلى قواعد دائمة، وقواعد مؤقتة ، وتتميز

الأولى بأنها تصدر لتطبق بصفة دائمة مستمرة، ولا تنتهي بمجرد تطبيقها على حالة أو حالات محددة ، ولكن ذلك لا يعني عدم إمكان إلغائها مستقبلاً، فصفة الدوام تتصف بها فقط عند صدورها . بينما القواعد المؤقتة لا تطبق إلا لفترة محددة تنتهي تلقائياً بانقضائها إما بانقضاء مدتها وإما بانقضاء الغرض منها.

- وتصنف القواعد القانونية رابعاً ، إلى قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها ، وقواعد مكملة تجيز الاتفاق على ما يخالف حكمها(1). ونظراً لما هذا التقسيم من أهمية خاصة فنعرض له بشيء من التفصيل.

تقسيم قواعد القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة :

29- ترمي القواعد القانونية إلى تنظيم السلوك الاجتماعي عن طريق تناولها العديد من المسائل بالتنظيم والتحديد ، وفرض مسلك معين واجب الاتباع حيالها ، وفي سبيلها إلى ذلك تتعرض للمراكز والأوضاع القانونية ، وهي بمثابة الفرض في القاعدة القانونية ، وتقرر لها آثاراً قانونية محددة يطلق عليها الحكم ، أي: حكم القاعدة القانونية . فإذا ما وجد الفرد في أحد المراكز القانونية ، أي إذا ما تحقق الفرض ، انطبق عليه الأثر القانوني ، أي الحكم ، فيتمتع بما يقرره الحكم من حقوق، ويتحمل ما يفرضه من التزامات .

غير أن القاعدة القانونية لا تحتكر في جميع الحالات تحديد آثار المراكز القانونية التي تنظمها، بل قد تترك ذلك لاتفاق ذوي الشأن ، ولكنها تحتاط لإغفالهم ذلك التحديد فتضع آثاراً مكملة لا تنطبق إلا إذا لم يتفقوا

---

(1) عرض الفقه ، بالإضافة إلى التقسيمات المعروضة بالمتن ، تقسيمات أخرى متعددة للقاعدة القانونية ، نذكر منها :
- القواعد ذات الأمر المطلق والقواعد ذات الأمر الشرطي .
- القواعد القائمة بذاتها وغير القائمة بذاتها .
- القواعد الجامدة والقواعد المرنة .
- القواعد المبيحة والقواعد المهيئة والقواعد التي ليس لها مضمون ملزم .

راجع في عرض هذه التقسيمات : عبدالحي حجازي ، نظرية القانون ، فقرة رقم 158 وبعدها .

على غيرها ، عندئذ تكون القواعد القانونية مكملة لإرادة الأفراد .

بينما في حالات أخرى ، نظراً لأهمية المراكز القانونية وتعلقها بكيان المجتمع ، يقتضي الصالح العام تحديد أثرها القانوني تحديداً واحداً آمراً ، ولا يسمح لذوي الشأن بالاتفاق على ما يخالفه فيكون الأثر مطلقاً عاماً ، عندئذ تكون القواعد القانونية قواعد آمرة .

القواعد القانونية الآمرة :

30- من عرضنا السابق يتضح لنا أن القواعد القانونية الآمرة أو المطلقة هي القواعد التي لا تجيز الاتفاق على ما يخالف ما تقرره من آثار وأحكام قانونية محددة ، وإلا وقع مثل هذا الاتفاق باطلاً . فالصفة الآمرة في تلك القواعد خاصة بحتمية اتباع ما تقرره من أحكام ؛ ولهذا فهي لا توضع إلا بالنسبة لتلك المسائل التي تتعلق بكيان المجتمع ، التي يكون لها تأثير عميق وصلة قوية بالنظام الاجتماعي .

ومن أمثلة القواعد القانونية الآمرة تلك القواعد التي تحظر الاعتداء على النفس والمال (القتل والضرب والسرقة والاضرار بمال الغير) . كذلك القواعد التي تنظم أحوال الأسرة من زواج وطلاق . ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على نزول الزوج المسلم عن حقه الشرعي في الطلاق أو تقييد حقه في الزواج، كما لا يجوز للشخص أن يتفق مع آخر على قتله وتخليصه من حياته ، أيا كانت المسوِّغات الدافعة إلى ذلك .

القواعد القانونية المكملة :

31- القواعد القانونية المكملة – ويسميها البعض بالقواعد المفسرة، أو القواعد المقررة – هي القواعد التي لا تجبر الأفراد على الالتزام بما تقرره من آثار قانونية ، بل تجيز لهم الاتفاق على ما يخالف ما تقرره من أحكام[1] .

(1) إلى جانب هذا النوع من القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين التي لا تطبق إلا إذا لم يتفق =

وينشط مجال القواعد القانونية المكملة بالنسبة لمعاملات الأفراد الخاصة ، فالكثير من القواعد المنظمة لهذه المعاملات قواعد مكملة لإراداتهم واتفاقاتهم، حيث يقوم المشرع بتنظيم العديد من هذه المسائل في صورة قواعد مكملة تطبق في حالة عدم اتفاق الأفراد على خلاف ما تقضي به .

ففي عقد البيع تنظم التشريعات تسليم المبيع من البائع وسداد المشتري للثمن على وجه معين ، ولكون القواعد المنظمة لتلك الموضوعات هي قواعد مكملة فإنه يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالف هذا التنظيم ، كذلك يقضي المشرع بأن يتحمل المؤجِّر الترميمات الضرورية للشيء المؤجر ، ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يتحمل المستأجر هذه الترميمات .

على أن هذه القواعد المكملة لإرادة الطرفين ، يصبح حكمها آمراً وواجب الاتباع في حالة عدم اتفاق ذوي الشأن على تنظيم مخالف له .

الحكمة من القواعد القانونية المكملة :

32- قد يتساءل البعض عن قيمة القواعد القانونية المكملة والحكمة من تنظيمها طالما إنها تجيز للأفراد إغفالها وعدم الالتزام بها ، بل تساءل البعض عما إذا كانت هذه القواعد هي فعلاً قواعد قانونية ملزمة . والحقيقة أن القواعد القانونية المكملة عند تعرضها للمسائل بالتنظيم تنظر إلى الوضع المعتاد أو الأمثل لها، وتقوم بفرضه في صورة نصوص وقواعد تمثل الحكم العام الذي يطبق على هذه المسائل في حالة عدم تعرض الأفراد لها . لذلك فهي تقدم فائدة عملية على قدر من الأهمية .

= المتعاقدان على حكم آخر مغاير للحكم الذي تقرره ، هناك نوع آخر يمكن تسميته بالقواعد المفسرة لإرادة المتعاقدين ، يتميز بأنه لا يطبق إلا إذا جاءت إرادة المتعاقدين غامضة تحتاج إلى تفسير وتوضيح، فيكون الغرض من هذه القواعد هو مجرد تفسير إرادة المتعاقدين وتوضيحها ، فيكون الغرض من هذه القواعد هو مجرد تفسير إرادة المتعاقدين وتوضيحها ، أما النوع الأول فيكون الغرض منها استكمال إرادة المتعاقدين .

فقد لا يتوقع الأفراد عند اتفاقهم إثارة بعض المسائل الجزئية فيكون في تنظيم القواعد المكملة لهذه المسائل فائدة لهم ، كما قد لا يكون عند البعض الآخر الخبرة والدراية بمعالجة هذه المسائل ، بل كثيراً ما يغفل ذوو الشأن تنظيم المسائل التفصيلية لعلمهم أن القانون يتولاها بالتنظيم على وجه لا يبتغون مخالفته، ففي عقد البيع مثلاً يكفي أن يحدد الطرفان المبيع والثمن المقابل ليتولى القانون بعد ذلك تنظيم باقي المسائل الجزئية .

وهكذا ، تغني القواعد القانونية المكملة عن الخوض في العديد من التفصيلات والجزئيات لكونها تضع تنظيماً عاماً معتاداً أو نموذجياً يطبق في حالة عدم رغبة الأفراد في اتباع تنظيم مخالف له .

طبيعة القواعد القانونية المكملة :

33- ثار التساؤل - أيضاً - عن طبيعة القواعد القانونية المكملة، وعن كيفية تسويغ إمكان مخالفتها، وعدم اتباع ما تقرره من أحكام ، فإذا كانت القاعدة المكملة قاعدة قانونية بالمعني الدقيق بما تتصف به من قوة ملزمة ، فإن صفة الإلزام تستوجب اتباعها من الجميع وعدم إمكان مخالفتها .

وللرد على التساؤل السابق ذهب رأي إلى أن القاعدة المكملة تكون اختيارية ابتداء ، أي في المرحلة السابقة على الاتفاق بين الأفراد ، ولكنها تكون ملزمة انتهاء ، أي بعد الاتفاق بين الأفراد دون أن يستبعدوا حكمها . بمعنى أن هذه القاعدة تمر بمرحلتين، تكون في الأولى منهما - وهي السابقة على اتفاق الأفراد - اختيارية ، يجوز للأطراف الأخذ بها، ويجوز لهم إغفالها والأخذ بتنظيم آخر يرتضونه ، فإذا تم الاتفاق ولم يستبعدوا حكمها أصبح هذا الحكم ملزماً لهم . ولكن هذا الرأي منتقد؛ إذ القول بأن القاعدة المكملة لا تكون ملزمة ابتداء ينفي عنها صفة القاعدة القانونية . هذا بالإضافة إلى عدم إمكان تقبل اختلاف طبيعة القاعدة القانونية من وقت لآخر، ولسبب بعيد عن مضمونها .

لذلك فقد ذهب رأي آخر إلى فكرة تنوع طبيعة الجزاء واختلافه في القواعد المكملة عنه في القواعد الآمرة ، حيث يتشدد في الثانية إلى درجة يمتنع معها مخالفتها ، بينما لا يحول جزاء القاعدة المكملة دون إمكان مخالفتها .

ولكن يمكن الرد على هذا القول بأن العبرة في القاعدة القانونية – من حيث تحديد طبيعتها– ليس في الجزاء في حد ذاته ، إنما بترجمته عن مدى إلزامها ، فإذا كانت القاعدة ملزمة أصبحت قانونية، وإن كانت غير ملزمة فلا تعد قاعدة قانونية.

والذي نراه أن القاعدة المكملة هي قاعدة قانونية ملزمة منذ نشأتها ، ولا يغير من ذلك إمكان مخالفة الأفراد لها ، فالقاعدة القانونية تتحلل – كما سبق أن أوضحنا – إلى فرض وحكم أو أثر قانوني ، وهذا الأثر لا يترتب إلا إذا تحقق الفرض. والفرض أو المركز القانوني تختلف شروطه من قاعدة إلى أخرى ، على أنه بالنسبة للقواعد المكملة جميعاً هناك شرط ثابت عام بالنسبة لها لابد من تحققه حتى يمكن تطبيق الأثر القانوني ، هذا الشرط هو عدم الاتفاق على أحكام أخرى تخالف الأثر الذي تقرره القاعدة المكملة ، فإذا تم الاتفاق على حكم آخر مخالف فلا يتحقق الفرض أو المركز القانوني، ومن ثمَّ امتنع تطبيق أثر القاعدة القانونية، ليس لأن القاعدة المكملة ليست ملزمة ، وإنما لعدم توافر شروط تطبيقها ، فالقاعدة القانونية المكملة هي ذاتها التي تسمح للأفراد بمخالفتها، ولا يأتي ذلك تلقائيا من الأفراد .

أما في حالة سكوت الأفراد عن وضع تنظيم خاص فإن معنى ذلك توافر جميع شروط تطبيق الأثر القانوني فتطبق القاعدة .

34– ومن عرضنا السابق تظهر الصفة الاحتياطية للقواعد المكملة، فهي لا تطبق إلا في حالة عدم الاتفاق على حكم خاص يخالف حكمها، بعكس القواعد الآمرة التي يكون تطبيقها بصفة أصلية دائماً، ولا تسمح بحكم آخر

غير الحكم الذي تقرره .

مما سبق يتضح أن التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، لا تقتصر على التسمية، بل تمتد إلى المضمون ذاته ، فإذا كان حكم القواعد المكملة غير حتمي، ويمكن استبعاده بالاتفاق على ما يخالفه ، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة، فحكمها واجب التطبيق طالما توافر فرضها ؛ لذلك علينا أن نوضح كيفية التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، وتحديد المعيار الواجب إعماله في هذا الصدد .

معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

35- يوجد في مجال التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة معياران: المعيار الأول شكلي أو لفظي يستمد من صياغة القاعدة ذاتها ، والمعيار الثاني موضوعي يتصل بمضمون القاعدة وأهمية المسائل التي تنظمها .

(ا) - المعيار اللفظي :

36- يقوم المعيار اللفظي أو الشكلي في التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة على ألفاظ وصياغة القاعدة، وبالتحديد على ما إذا كانت الصياغة تجيز ، صراحة أو ضمناً ، الاتفاق على ما يخالفها، أو لا تجيز ذلك ، ففي الحالة الأولى نكون بصدد قاعدة مكملة ، بينما نواجه في الحالة الثانية قاعدة آمرة .

فالمعيار الشكلي يقوم على دلالة اللفظ أو الألفاظ التي تستخدمها القاعدة القانونية .

والآتي مجموعتان من القواعد القانونية، تتضمن الأولى أمثلة للقواعد الآمرة ، وتتضمن الثانية أمثلة أخرى للقواعد المكملة :

المجموعة الأولى – أمثلة للقواعد الآمرة :

(أ) – يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به (المادة 305/ 1 مدني كويتي) .

(ب) – يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسئولية عما يصيب الراكب من أضرار بدنية (المادة 191 من قانون التجارة الكويتي).

(ج) – يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسئولية عن هلاك الشيء هلاكاً كلياً أو جزئياً ... (المادة 181 من قانون التجارة الكويتي.

(د)– التعامل في تركة إنسان لازال على قيد الحياة باطل ولو تم منه أو برضاه (المادة 169 مدني كويتي).

المجموعة الثانية– أمثلة للقواعد المكملة :

(أ) – نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص في القانون أو عرف يقضي بغير ذلك (المادة 413 مدني كويتي) .

(ب) – يتم تسليم المبيع في مكان وجوده وقت العقد ما لم يتفق على غير ذلك (المادة 47/ 1 مدني كويتي) .

(ج) – نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق على غير ذلك (المادة 475/ 1 مدني كويتي) .

(د)– يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك (المادة 501 مدني كويتي).

ومن الأمثلة السابقة نجد أن الأثر الذي ترتبه القاعدة القانونية الآمرة أثر حتمي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وإن تم مثل هذا الاتفاق وقع باطلاً لا أثر له، وينفذ حكم القاعدة . ويظهر الأثر الحتمي للقاعدة الآمرة من صياغتها وألفاظها، كأن تقرر القاعدة عدم جواز الاتفاق على خلاف ما

تقضي به ، أو بطلان ما يخالفها ، أو صياغتها ، صياغة الأمر والنهي باستعمال ألفاظ تفيد ذلك مثل يلزم أو يجب أو يتعين أو لا يجوز . ويلاحظ أن عدم جواز مخالفة القاعدة الآمرة قد يصاغ صراحة كما في الأمثلة التي ذكرناها ، وقد يفهم ضمناً كالقاعدة التي تقرر أن «العقد الرسمي لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية».

أما في القواعد المكملة – المجموعة الثانية من الأمثلة – فنجد أن صياغتها تجيز للأفراد الأخذ بما يخالف أحكامها ، باستعمال عبارة أو صياغة تفيد ذلك كلفظ «يجوز» ، أو تعليق إعمال حكمها على عدم اتفاق المتعاقدين على خلافه .

لكن إذا كانت صياغة القاعدة القانونية في الأمثلة التي ذكرناها توضح طبيعة القاعدة وما إذا كانت آمرة أو مكملة ، ففي حالات أخرى لا تفيد ذلك ، من هنا كان المعيار الشكلي غير كاف في تحديد طبيعة القاعدة القانونية، ولزم البحث عن معيار آخر .

المعيار الموضوعي :

37- وضحنا أن صياغة القواعد القانونية ودلالة ألفاظها قد لا تسعف دائما في تحديد طبيعة القاعدة وما إذا كانت آمرة أو مكملة ، فقد يصاغ الحكم أو الأثر القانوني الذي تقرره القاعدة دون أن يتضح ما إذا كانت تجيز مخالفته أم لا تجيز ذلك .عندئذ يتعين اللجوء إلى المعيار الموضوعي الذي يكمن في فحص مضمون القاعدة القانونية، وبحث ما تتناوله بالتنظيم، وما تقرره من أحكام، فإذا كانت القاعدة تتناول بالتنظيم مسائل حيوية تتعلق بكيان المجتمع ومصالحة الأساسية ، فلا يمكن مخالفة حكمها ، وبالتالي تكون القاعدة في هذه الحالة قاعدة آمرة ، أما إذا كانت المسائل التي تتناولها ثانوية الأهمية كانت القاعدة مكملة ، وجاز الاتفاق على ما يخالف أحكامها.

والتساؤل الآن: متى تكون القواعد القانونية متعلقة بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية، ومن ثمّ تكون قواعده آمرة ، ومتى لا تكون كذلك فتندرج تحت القواعد المكملة ؟

اتجه الفقه في ذلك إلى فكرة النظام العام والآداب العامة ، على أساس أن كل ما يمس النظام العام والآداب العامة يمس في الوقت نفسه كيان المجتمع ومصالحه الأساسية . لذلك اتخذت فكرة النظام العام والآداب العامة معياراً لتحديد طبيعة القاعدة القانونية. فالقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة في المجتمع تكون قواعد آمرة ، أما تلك التي لا تأثير لها ولا مساس فيها بالنظام العام والآداب العامة فتكون قواعد مكملة .

فما المقصود بالنظام العام والآداب إذن ؟ وما تطبيقاته ؟ وما أهميته ؟ هذا ما نوضحه في الآتي :

(أ) – المقصود بالنظام العام :

38– يقصد بالنظام العام والآداب مجموعة الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمته المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية، والتي تعبر عن مصالحه الأساسية . فكل نظام من الأنظمة السابقة يقوم على عدد من الأفكار والموجهات على ضوئها يمكن تحديد المسار أو الاتجاه الذي يسلكه هذا النظام ، فمثلاً كل مجتمع له نظام قانوني خاص به من خلال دراسته يمكن الوقوف على عدد من المبادئ والاتجاهات أو النظريات التي تحكمه ، بحيث يمكن القول إن هناك اتجاهاً معيناً يميزه وأفكاراً أساسية تسوده . ففي مجال الاتفاقات والتعاقد قد يأخذ بنظام إطلاق حرية الأفراد في ذلك، وعدم التدخل، وتقييد حرية التعاقد إلا في حالات استثنائية بحتة ، بينما في نظام آخر تقيد حرية الأفراد في مجالات معينة ، وقد تنعدم في مجالات أخرى .

والأمر كذلك بالنسبة لمختلف المجالات والموضوعات القانونية الأخرى، وفي سائر الأنظمة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية وغيرها .

ومن مجموع تلك الأفكار والمبادئ التي تهيمن على هذه الأنظمة، والتي تعد دعائم لها ، يتكون النظام العام الذي يتعين مراعاته، وعدم مخالفته .

والنظام العام قد يؤخذ في معنى واسع، فيشمل تحت طياته فكرة الآداب العامة ، التي تعبر عن مجموعة الأسس الأخلاقية اللازمة للمحافظة على كيان المجتمع[1] ، وقد يؤخذ بمعنى ضيق فتستبعد من دائرته هذه المجموعة الأخيرة من الأفكار لتستقل بذاتها .

والنظام العام فكرة مرنة ونسبية : مرنة لأنها ليست بفكرة ثابتة، وإنما هي قابلة للتغير والتطور تلقائياً بمرور الزمن، وتطور الأفكار العامة في المجتمع ، ونسبية لأنها تختلف من مجتمع إلى آخر، فما يعتبر من النظام العام في مجتمع معين قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر .

فمثلاً – نجد أن حق الزوج في الطلاق وفي تعدد الزوجات تقبله بعض الأنظمة القانونية، ويعتبر فيها متعلقاً بالنظام العام، لا ترد عليه اتفاقات مخالفة ، بينما لا تقبل أنظمة أخرى ذلك .

ونظام التأمين على الحياة ، وهو من الأنظمة التي تعتنقها وتشجعها الدول في الوقت الحالي، ويعد من دعائمها ، كان فيما مضى من الأمور المستهجنة لما يتضمنه من مقامرة ومضاربة على حياة الإنسان.

---

(1) فليس المقصود بها جميع قواعد الأخلاق ، وإلا اختلط القانون بالأخلاق ، لذلك يكتفي هنا بذلك الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازم للمحافظة على كيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال ، فلا يقصد بفكرة الآداب العامة في نطاق القانون الارتفاع بالمجتمع إلى السمو والكمال ، وإنما تهدف فكرة الآداب وإدخالها في نطاق القانون إلى حظر الاتفاقات المخالفة للآداب العامة، وعدم اعتراف القانون بها .

ولكون النظام العام والآداب العامة ليس بأفكار أو مبادئ ثابتة، وإنما هو مجرد موجهات عامة ، فإن تقديره يترك للقضاء، فيقع على القاضي عبء استخلاص وتحديد ما يعد من النظام العام ، وهو في ذلك ليس مطلق التقدير، وإنما هو مقيد باللجوء إلى معيار موضوعي، وليس شخصياً، إضافة إلى خضوعه في تقريره لرقابة محكمة التمييز [1]:

- فالقاضي مقيد باللجوء - في تحديد واستخلاص النظام العام - إلى معيار موضوعي وليس شخصياً ، حيث يخلق به أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فردياً ذاتياً يعبر عن آرائه الخاصة .

- كما يخضع القاضي في تحديده للنظام العام لرقابة محكمة التمييز لكونه يفصل في مسألة قانونية ، خاصة وأن فكرة النظام العام يجب أن تكون فكرة واحدة في البلد الواحد، لا تتغير بتغير الشخص الذي ينظر إليها .

(ب) - تطبيقات فكرة النظام العام :

39- القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام تنتشر في جميع فروع القانون ، فالقانون الدستوري يبطل كل اتفاق ينزل الشخص بمقتضاه عن حقه في الانتخاب مقابل مبلغ من المال ، والقانون الإداري يبطل - كذلك - الاتفاق الذي ينزل الشخص بمقتضاه عن وظيفته مقابل مبلغ من المال ، والقانون المالي يبطل كل اتفاق قصد منه التهرب من دفع الضريبة المستحقة ، وفي القانون الجزائي كل اتفاق على ارتكاب جريمة يكون باطلاً ...، وهكذا في سائر فروع القانون[2]. بيد إننا نجد أن فكرة النظام العام ، وبالتالي القواعد

---

(1) وهناك بعض الموجهات التي تعين القاضي في تحديد ما إذا كانت قاعدة ما تتعلق بالنظام العام أو لا تتعلق، من ذلك قصد المشرع ، والهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية وما إذا كانت تهدف إلى حفظ كيان المجتمع والمحافظة على مصالحة الأساسية ، أم أنها تكتفي بتنظيم أمر من الأمور الخاصة بالأفراد دون تأثير في المصالح السياسية للمجتمع .

(2) انظر التطبيقات القضائية لفكرة النظام العام ، محكمة الاستئناف العليا - دائرة التمييز - 30/1/1989 ، في الطعن رقم 198 / 88 تجاري ، فقد قررت محكمة التمييز أن حظر التجارة على غير الكويتي الذي=

الآمرة ، أكثر انتشاراً في فروع القانون العام عنها في فروع القانون الخاص نظراً لتعلق الأولى وارتباطها أكثر بكيان المجتمع ومصالحة الأساسية ، بينما تهتم الثانية بمصالح الأفراد وروابطهم الخاصة ، ومن ثم يتعين أن يترك لهم قدراً من الحرية في تنظيمها[1].

(ج) – أهمية فكرة النظام العام :

40– لا تقتصر أهمية فكرة النظام العام على التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، بل نجد لها العديد من الفوائد العملية في رحاب القانون، وبصفة خاصة في الحالات الآتية :

(أ) – يرجع إلى فكرة النظام العام والآداب العامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل تنازع القوانين من حيث المكان، حيث لا يسمح للقانون الأجنبي بالتطبيق إذا كانت أحكامه تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

(ب) – تعد فكرة النظام العام والآداب العامة قيداً مهماً على حرية الأفراد وسلطان إرادتهم فيما يتعلق بإبرام العقود والاتفاقات حيث يبطل القضاء كل عقد يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، حتى ولو لم تكن هناك قواعد قانونية آمرة تحظره صراحة ، وكثيراً ما يلجأ القضاء إلى هذه الفكرة بقصد إبطال الاتفاقات الخاصة بإقامة علاقات جنسية غير مشروعة.

(ج) – نظراً لأهمية المسائل المتعلقة بالنظام العام فيجوز إثارتها والتمسك

= تقرره المادة (1/23) من قانون التجارة يعتبر من النظام العام لتعلقه بمصلحة اقتصادية عامة تعلو على الصالح الخاص . مجلة القضاء والقانون ، سبتمبر 1995، ص 107 قاعدة رقم (30) .

(1) ويمكن التمييز في نطاق القانون الخاص بين :

– الأحوال الشخصية حيث يتعلق معظم قواعدها بالنظام العام لكونها تنظم الأسرة نواة المجتمع .

– الأحوال العينية أو المالية حيث تقل قواعدها المتعلقة بالنظام العام ، لكونها تنظم مصالح خاصة ، ومن ثم تنظم هذه المعاملات بقواعد مكملة عدا بعض الاستثناءات التي قصد بها تحقيق حماية خاصة كما سنرى .

بها ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز .

(د) – النصوص المتعلقة بالنظام العام يمكن تطبيقها على الماضي بأثر رجعي لتحكم وقائع سابقة على التشريع الجديد .

العلاقة بين القواعد الآمرة والنظام العام :

41– ننوه أخيراً إلى أن الربط بين القواعد الآمرة والنظام العام ليس مطلقاً، حقيقة أن جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام ، أي: التي تهدف إلى إقراره والمحافظة عليه ، تكون قواعد آمرة ، وأن غالبية القواعد الآمرة تكون متعلقة بالنظام العام ، ولكن ليست جميعها كذلك ، فهناك قواعد آمرة، ولكنها لا تتعلق بالنظام العام ، ومن أمثلتها تلك القواعد التي تفرض شكلية معينة لإبرام التصرفات القانونية، فبعض هذه القواعد تكون آمرة لا يجوز الاتفاق على خلاف حكمها ، ولكنها لا تعد مع ذلك متعلقة بالنظام العام .

وهكذا يمكننا القول – كأصل عام – إن كل قواعد النظام العام هي قواعد آمرة ، بينما ليست كل القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام .

النظام العام وقواعد الحماية :

42– كثيراً ما يتدخل المشرع ويضع قواعد قانونية بقصد إسداء حماية خاصة لبعض الأشخاص أو بعض الفئات ، كالأشخاص ناقصي الأهلية، والطرف المذعن في عقد الإذعان ، والعمال ، والمستأجرين في بعض العقود ، ولا شك أن صياغة هذه القواعد صياغة مكملة غير آمرة يقضي على الحماية المبتغاة، لذلك يصوغ المشرع هذه القواعد صياغة آمرة حتى يمتنع التحايل عليها، والاتفاق على ما يخالف حكمها ، عندئذ تصبح هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، ولكن في مفهومه الجديد ، أي: النظام العام الحمائي .

الفصل الثاني

تصنيف القواعد القانونية وفروع القانون

الفصل الثاني

تصنيف القواعد القانونية

وفروع القانون

تقسيم :

43- يجري الفقه على تصنيف القواعد القانونية إلى فروع أو مجموعات ، والاتجاه السائد في هذا الصدد هو تصنيف القواعد القانونية إلى فرعين أساسيين ، يشتمل الفرع الأول على القواعد القانونية التي تنظم النشاط الخاص ، ويسمى بالقانون الخاص ، ويشتمل الفرع الثاني على القواعد القانونية التي تنظم النشاط العام للدولة وأجهزتها المختلفة طالما كانت تتعامل باعتبارها صاحبة السلطة المكلفة بإقرار النظام في المجتمع ، ويسمى هذا الفرع من القواعد القانونية بالقانون العام .

وكل من القانون الخاص والقانون العام ليس بمجموعة واحدة متحدة النوع والطبيعة ، ولكن يمكن تصنيف كل منها إلى عدة فروع .

وهكذا تصنف القواعد القانونية إلى فرعين أساسيين هما القانون الخاص والقانون العام ، ويصنف كل منهما إلى عدة فروع .

وتقتضي دراستنا لتصنيف القواعد القانونية التعرض لكل من فرعي القانون الرئيسيين : القانون الخاص، والقانون العام ، ثم التعرض للفروع التي يضمها كل منهما، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : القانون الخاص والقانون العام .

المبحث الثاني : فروع القانون الخاص .

المبحث الثالث : فروع القانون العام .

المبحث الأول

القانون الخاص والقانون العام

تصنيف قواعد القانون إلى قانون خاص وقانون عام :

44- تهدف القواعد القانونية إلى إقامة النظام الاجتماعي وكفالته عن طريق تنظيم العلاقات الاجتماعية بشتى صورها، ولما كانت هذه العلاقات ، التي تعبر عن مظاهر الأنشطة المختلفة في المجتمع ، تخضع جميعها لحكم القانون ، كان من المنطقي أن تتعدد القواعد القانونية، وتتنوع بتعدد وتنوع مظاهر النشاط الاجتماعي.

وأمام تعدد واختلاف القواعد القانونية ظهرت المحاولات منذ القدم لتصنيف هذه القواعد، ورد كل مجموعة متحدة أو متقاربة الطبيعة إلى فصيلة واحدة . فقد لوحظ أن هناك مجموعة من القواعد تطبق على علاقات الأفراد الخاصة ، أي علاقاتهم فيما بينهم دون أن تتدخل السلطة العامة طرفاً فيها ، فإذا ما ظهرت هذه الأخيرة طرفاً كانت هناك مجموعة أخرى تتميز عن المجموعة الأولى هي التي تطبق . وهكذا ظهرت مجموعتان متميزتان من القواعد القانونية تختلف إحداهما عن الأخرى، تشمل المجموعة الأولى القواعد التي تطبق على العلاقات الخاصة ، وهي التي أطلق عليها قواعد القانون الخاص ، أو القانون الخاص[1] ، وتشمل المجموعة الثانية القواعد التي تطبق في حالة تدخل الدولة أو السلطة العامة بصفتها هذه ، وأطلق عليها مجموعة قواعد القانون العام ، أو القانون العام[2] ، وبذلك يمكن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد القانون الخاص

(1) والمقصود بذلك القواعد القانونية التي تطبق على العلاقات الخاصة بالمعنى الموضح بالمتن .

(2) والمقصود بذلك القواعد القانونية التي تطبق على العلاقات القانونية التي تظهر فيها الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية باعتبارها صاحبة السلطة ، فصفة العموم تنصرف هنا إلى الصفة التي تظهر فيها الدولة ، وليس عموم تطبيق هذه القواعد .

وقواعد القانون العام .

وتقسيم القواعد القانونية إلى قانون خاص وقانون عام ليس إلا تقسيماً أولياً، ذلك أن كلاً من قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام لا تنتظمها مجموعة واحدة من القواعد القانونية ، بل تتعدد أيضاً مجموعات القواعد القانونية المتجانسة داخل كل فرع من فرعي القانون السالفي الذكر ، وتستقل كل مجموعة متجانسة من القواعد بتسمية خاصة بها عنواناً لها وتعبيراً في الوقت نفسه عن طبيعة هذه القواعد وما تنظمه من موضوعات ، فنجد من فروع القانون العام القانون الإداري الذي يحكم أنشطة الدولة ومرافقها العامة وأجهزتها الإدارية ، والقانون الدستوري الذي يحدد نظام الحكم في الدولة وسلطاتها، وينظم حقوق الإفراد السياسية وحرياتهم العامة . ومن فروع القانون الخاص نجد القانون المدني الذي يتضمن القواعد العامة الواجبة التطبيق على الروابط التي تنشأ بين الأفراد، وروابط النشاط الخاص بصفة عامة ، والقانون التجاري الذي يهتم بتنظيم الأعمال التجارية، وتحديد من يعد تاجراً. وسنتعرض لمختلف هذه القوانين بشيء من التفصيل بعد تعرضنا للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص فيما يأتي .

معيار التمييز بين القانون الخاص والقانون العام :

45- يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية التي تظهر فيها الدولة أو أحد أجهزتها العامة باعتبارها صاحبة السلطة .

أما القانون الخاص فيقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، وبصفة عامة مظاهر النشاط الخاص ، سواء اقتصر على نشاط الأفراد أو ظهرت فيه الدولة أو أجهزتها الإدارية مجردة عن السلطة .

وكما يتضح لنا من التعريفين السابقين فإن معيار التمييز بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص يقوم على أشخاص أو أطراف الرابطة ، وبالأدق على الصفة التي تظهر بها أطراف العلاقة ، فقواعد القانون العام تقوم بتنظيم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو أحد سلطاتها العامة أو أجهزتها الإدارية طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة صاحبة سيادة وسلطان . أما إذا كان تدخل الدولة باعتبارها شخصاً عادياً لا يتمتع بالسلطة والسيادة ، بل تكون على قدم المساواة بالأفراد العاديين ، فإن العلاقة تخضع لتنظيم قواعد القانون الخاص الذي ينظم مثل هذه العلاقات بالإضافة إلى جميع العلاقات الخاصة البحتة ، أي التي تنشأ بين الأفراد العاديين .

وهكذا نجد أن أنشطة الدولة وأجهزتها الإدارية تنقسم إلى نوعين ، في النوع الأول تظهر الدولة بسلطانها الذي تتمتع به لتتمكن من مباشرة رسالتها ، ويخضع هذا النوع من الأنشطة لقواعد القانون العام ،أما في النوع الثاني فتتساوى الدولة في مباشرتها لأعمالها مع الأفراد ، وبالتالي تخضع فيه لقواعد القانون الخاص .

ففي مجال العقود مثلاً ، نجد منها ما تبرمه الدولة، وتظهر فيه بسلطانها وسيادتها ، وتسمى هذه العقود بالعقود الإدارية ، مثل عقد الالتزام، أو الامتياز الذي تمنحه الدولة لاستغلال أحد مرافقها الحيوية ، كما نجد من العقود ما تتساوى فيه الدولة مع سائر الأفراد كعقود البيع والإيجار ، وسائر العقود المتعلقة بتصريف وإدارة ممتلكاتها الخاصة ، هذه العقود ، وتسمى بالعقود المدنية أو عقود الإدارة الخاضعة للقانون الخاص ، تخضع للقضاء المدني، وليس للقضاء الإداري، كما هو الشأن بالنسبة للنوع الأول، وتطبق عليها قواعد القانون الخاص دون قواعد القانون العام .

وإذا كنا انتهينا فيما سبق إلى أن معيار التفرقة بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام يكمن في فكرة السلطة التي تتمتع بها الدولة، والتي تستوجب تطبيق قواعد القانون العام ، فإنه يجب التنويه إلى أن هذا المعيار ليس قاطعاً في تحديد ما يعد من قواعد القانون الخاص وما يعد من قواعد القانون العام؛ ذلك أن الكثير من القواعد القانونية تقع على الحدود الفاصلة، ويمكن إدراجها في أي من الفرعين ، مثال ذلك القواعد المنظمة للمهن المختلفة ، والقواعد المنظمة للعلاقات العمالية والتشريعات الاجتماعية ، كذلك قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية بعض منها يلحق بقواعد القانون العام، والبعض الآخر يلحق بقواعد القانون الخاص.

علة التمييز بين القانون الخاص والقانون العام :

46- ترجع علة التمييز بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام إلى الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه كل منهما .

فهدف قواعد القانون العام هو تحقيق الصالح العام الأمر الذي يستوجب منح الدولة الامتيازات والسلطات التي تمكنها من ذلك .

ولأن قواعد القانون العام تهدف إلى تحقيق ورعاية الصالح العام فإن غالبية هذه القواعد ذات طبيعة آمرة وليست مكملة .

أما هدف قواعد القانون الخاص فهو رعاية المصالح الخاصة والتوفيق بينها، لذلك يقف الأفراد معها على قدم المساواة، ولا يتميز أحدهم عن الآخر ، ولكونها لا تمس دائماً ومباشرة كيان المجتمع ومصالحه الأساسية ، فتسيطر عليها الطبيعة المكملة لإرادتهم ، وبصفة خاصة القواعد المنظمة لمعاملاتهم المالية .

نشير أخيراً إلى أن ما يميز قواعد القانون العام عن قواعد القانون

الخاص لا يقتصر على الصفة الآمرة للأولى ، كقاعدة عامة ، وما تظهر به الدولة من سلطة وسيادة ، وإنما تظهر التفرقة أيضاً فيما هو مسلَّم به من أن هناك صنفاً من قواعد القانون العام لا مثيل له في قواعد القانون الخاص ، ونقصد بذلك تلك القواعد التي تقوم بتنظيم الدولة وأجهزتها الإدارية والسياسية، وتحدد حقوق الأفراد وحرياتهم، فهذه القواعد لا مثيل لها في القانون الخاص .

أهمية التمييز بين القانون الخاص والقانون العام :

47– يترتب على التمييز بين القانون الخاص والقانون العام العديد من النتائج القانونية المهمة نذكر منها بصفة خاصة :

(أ) – الكثير من قواعد القانون العام ، موضوعية أكانت أو إجرائية ، تختلف عن مثيلتها من قواعد القانون الخاص .

ويظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للقواعد التي تنظم ملكية الدولة المسماة بالمال العام ، والمخصصة للمنفعة العامة ، فهذا المال العام لا يجوز التصرف فيه، ولا الحجز عليه ، ولا يعتد بحيازة الغير له[1].

(ب) – نظراً لأن الهدف من قواعد القانون العام تحقيق المصلحة العامة فإنها تمنح الدولة العديد من السلطات والمزايا لا مقابل لها في قواعد القانون الخاص ، ومن أمثلتها سلطة الدولة في نزع بعض الملكيات تحقيقا للمنفعة العامة ، كما تملك الدولة تكليف الأفراد بالقيام بأعمال تقتضيها المصلحة العامة ولو جبرا عنهم .

(ج) – العقود الإدارية التي تبرمها الدولة والتي تتعلق بإدارة المرافق العامة تختلف عن عقود القانون الخاص، من حيث إنها تمنح الدولة حق

---

(١) وفي ذلك تقرير المادة (96) من القانون المدني : «لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة» .

تعديل هذه العقود وإلغائها إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما تملك سلطة توقيع بعض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته.

(د) تخضع المنازعات الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها للقضاء الإداري، الذي يختلف في بعض إجراءاته عن القضاء العادي الذي تخضع له منازعات القانون الخاص[1].

تقييم التمييز بين القانون الخاص والقانون العام :

48- على الرغم من أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تفرقة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الروماني[2] ، فانها تعرضت لبعض الانتقادات، وكان نتيجتها المطالبة بإلغاء هذه التفرقة من جانب بعض الفقهاء[3].

ويأتي في مقدمة الانتقادات التي تعرض لها التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ذلك النقد الموجه إلى فكرة السلطة التي تتمتع بها الدولة عند ظهورها طرفاً في علاقة قانونية، والتي اتخذت معياراً لتطبيق قواعد القانون العام ، فقد رأى المعارضون للتفرقة أن فكرة السلطة قد فقدت

---

(1) بصدور القانون رقم 20 لسنة 1981 الخاص بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية أصبحت هذه الدائرة هي المختصة بنظر المنازعات الإدارية التي حددتها المادة الأولى من القانون المذكور على سبيل الحصر . وبصدور القانون رقم 61 لسنة 1982 المعدل للقانون السابق أصبح اختصاص الدائرة الإدارية شاملاً للمنازعات الإدارية عدا ما استثني .

(2) راجع مجموعة جوستنيان : النظم 1-1-4 . وانظر أولبيان : الدايجست ، الكتاب الأول ، الفصل الأول ، فقرة 1، 2 .

وانظر في المزيد في التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام : سافاتيية : من القانون الخاص إلى القانون العام ، الطبعة الثانية 1950 ، روبييه ، النظرية العامة في القانون ، ص 301 .

(3) تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الأنظمة القانونية لا تأخذ بالتفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، نذكر منها القانون السوفيتي الذي يخضع جميع العلاقات القانونية لقواعد واحدة هي قواعد القانون العام ، ولا وجود لديه لقواعد القانون الخاص ،كذلك النظام القانوني الأنجلو أمريكي لا يعرف هذه التفرقة . والشريعة الإسلامية لا تعرف أيضاً هذه التفرقة باستثناء ما يسمى بقضاء المظالم الشبيه بنظام القضاء الإداري في الأنظمة المعاصرة ، راجع إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، ص 28 .

مفهومها ومضمونها التقليدي الذي كان لها في ظل نظام المذهب الفردي، وما ساده من علاقات اجتماعية متميزة ، فقد ترتب على اضمحلال المذهب الفردي وزحف التيار الاشتراكي واضطلاع الدولة أو القطاع العام في مختلف الدول بأوجه النشاط الاقتصادي في مجال الإنتاج والخدمات معاً، ترتب على كل ذلك تغيير جذري في الأسس الفكرية والفلسفية للنظم القانونية، وظهر اتجاه نحو إخضاع تدخل الدولة المتمثل في خدمات القطاع العام لقواعد القانون الخاص حتى يتحقق لها من المرونة ما يمكنها من مزاولة نشاطها والاستمرار بجانب القطاع الخاص .

غير أن النقد السابق وإن صدق بالنسبة لقواعد القانون العام المتعلقة بمعاملات الدولة المالية والتجارية ، فليس الأمر كذلك بالنسبة لباقي قواعد القانون العام التي تنظم نشاط الدولة السياسي ، والدستوري ، والإداري، والعقابي .

لذلك لم يكتب للرأي السابق النجاح ، فما زالت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص قائمة تظهر في الكتابات الفقهية، وتترتب عليها نتائجها العملية، سواء من حيث وجود اختلاف في الكثير من قواعد كل فرع منهما وإجراءات تطبيق هذه القواعد ، أو من حيث الاختصاص القضائي ، فبينما تقوم المحاكم العادية بتطبيق قواعد القانون الخاص ، فإن تطبيق قواعد القانون العام تضطلع به المحاكم الإدارية في العديد من الأنظمة القانونية .

وأكثر من ذلك فإننا نجد أن الدول بدأت في العصر الحالي التخلي عن ممارستها لمظاهر النشاط الخاص إلى حد كبير، تاركة إياه للأفراد، متجهة صوب ما سميٍّ «بخصخصة» هذه الأنشطة ، أي: إخضاعها للنشاط الخاص ، قاصرة مجال أنشطتها على مظاهر النشاط العام إلى حد كبير(١)

---

(١) وكان الاتجاه قبل ذلك يسير نحو تعميم أو « عيممة» القانون الخاص المتمثل في قيام الدولة بأجهزتها=

المبحث الثاني

فروع القانون الخاص

تمهيد :

49– قواعد القانون الخاص لا تشمل بحسب الأصل إلا القواعد التي تطبق على علاقات الأفراد فيما بينهم ، فإذا ما ظهرت الدولة طرفاً في العلاقة وجب تطبيق قواعد القانون العام . وكان هذا الوضع مقبولاً في العصور الأولى، حيث لم يكن تدخل الدولة بنفس مستوى الأفراد متصوراً، وكان يقتصر تدخلها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة ، وذلك كان يستوجب إخضاعها لقواعد مختلفة تمنحها سلطات ومزايا لا يملكها الأفراد .

أما وقد تغير نشاط الدولة، وأصبحت تتدخل في الأنشطة الخاصة بعيدة عن مظاهر السلطة ، أي: باعتبارها شخصاً عادياً ، أصبح من الممكن أن تطبق عليها قواعد القانون الخاص في حالات تدخلها بصفتها هذه .

وأمام تضخم القواعد المنظمة لعلاقات القانون الخاص فقد ظهرت تفرقة بين ما يشمله من قواعد موضوعية ، وهي التي يطلق عليها قواعد

= المختلفة بالعديد من الأنشطة التي كانت مزاولتها مقصورة على الأفراد ، كالأنشطة التجارية والاقتصادية والصحية، والأنشطة المتعلقة بالنقل والمواصلات والاتصالات، غير أن إخفاق الدولة في النهوض بمثل هذه الأنشطة، وعدم قدرتها على منافسة النشاط الخاص جعلها تترك العديد منها ، بصفة خاصة الأنشطة التجارية والاقتصادية للنشاط الخاص ، وبذلك ظهر ما يمكن تسميته بتخصيص أو «خصخصة» القانون العام "privatisation du droit public". ويقصد بالخصخصة نقل ملكية أو إدارة نشاط اقتصادي ، أو نقل ملكيته وإدارته معاً ، إما جزئياً أو كلياً ، من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، بقصد الإصلاح الاقتصادي . وبدأت عمليات الخصخصة في بريطانيا في أوائل الثمانينات وتبعتها دول أخرى منها المكسيك ونيوزيلاند وماليزيا وشيلي ومصر والكويت . وترجع دوافع الخصخصة إلى تضخم القطاع العام وما صادفه من صعوبات مالية وفنية وإدارية في إدارة الأنشطة الاقتصادية أدت إلى إخفاقه في هذا المجال . راجع لمزيد من التفاصيل ، مهدي إسماعيل الجزاف ، الجوانب القانونية للخصخصة ، مجلة الحقوق ، س (9) ديسمبر 1995 ص 291 .

القانون المدني، وقواعد إجرائية، وهي قواعد المرافعات ، أو قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وهكذا انقسم القانون الخاص إلى القانون المدني ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية . وكان القانون المدني يشمل كل القواعد الموضوعية التي تنظم علاقات الأفراد الخاصة ، ولكن مع تقدم الزمن وتطور الأنشطة وازديادها مع تنوعها، بدأت تنسلخ من القانون المدني مجموعات متحدة الطبيعة من القواعد لتستقل بتنظيم نوع معين من أنشطة الأفراد ، كالأنشطة التجارية، والأنشطة البحرية، والأنشطة الزراعية، والأنشطة العمالية ...، فظهر القانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الزراعي، وقانون العمل ...

كما يدرج الفقه ضمن فروع القانون الخاص مجموعة القواعد التي يطلق عليها القانون الدولي الخاص ، كما سنرى في حينه .

ونتناول فيما يأتي بشيء من الإيجاز كل فرع من فروع القانون الخاص السابق ذكرها :

أولاً – القانون المدني

50– يقصد بالقانون المدني مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد، وبصفة عامة مظاهر النشاط الخاص التي لا تستقل بقواعد خاصة بها.

كما يمكن تعريفه بأنه : «مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص».

ويعد القانون المدني أصل القانون وأساسه ، ليس فقط القانون الخاص وإنما أيضاً القانون العام ، فكما ذكرنا ظهر القانون في أول

عصوره ليحكم وينظم علاقات الأفراد في المجتمع ، ولذلك فهو يعتبر الشريعة العامة واجبة التطبيق في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في فروع القانون الخاص الأخرى ، بل وتمثل مبادئُه العامة ونظرياته الأساسية القواعد العامة التي يمكن تطبيقها بالنسبة لجميع فروع القانون[1] .

وروابط القانون الخاص التي ينظمها القانون المدني تمتد – من حيث الأصل – لتشمل الروابط العائلية ، أو علاقات الأسرة ، التي تتعلق بحالة الأفراد ، والتي يطلق على القواعد التي تنظمها قواعد الأحوال الشخصية ، كما تشمل العلاقات المالية التي تنشأ بين الأفراد ، وتسمى قواعدها بقواعد الأحوال العينية، أو قواعد المعاملات .

لذلك فالقانون المدني ينطوي – بحسب الأصل – على مجموعتين من القواعد هما :

(أ) – قواعد الأحوال الشخصية :

51 – يقصد بقواعد الأحوال الشخصية مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات العائلية أو الأسرية ، فتنظم أهلية الشخص وصلته بأسرته ، فيدخل في نطاقها المسائل المتعلقة بأهلية الشخص (أهلية الوجوب، وأهلية الأداء) ، والولاية على المال والنفس، والنسب ، والزواج ، والفرق، والطلاق، والميراث ، والوصية، والوقف .

(ب) – قواعد الأحوال العينية :

52– يقصد بقواعد الأحوال العينية مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات المالية للشخص، فيكون موضوعها بيان المال وتعريفه ، والحقوق المالية

(1) وترجع تسمية القانون المدني إلى عهد القانون الروماني حيث كانت تطلق على مجموعة القواعد التي كانت تطبق على رعايا المدينة ، أي المواطنين ، وذلك بالمقابلة بقانون الشعوب الذي كان يطبق على الروابط التي يظهر فيها الأجانب .

وأنواعها ومصادرها وطرق انتقالها وانقضائها .

وإن كان يلاحظ أن القانون المدني في البلاد العربية يقتصر كقاعدة عامة على قواعد الأحوال العينية دون قواعد الأحوال الشخصية ، التي تستقل بتنظيمها القواعد الدينية، أي قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، والشرائع الخاصة بالنسبة لغيرهم .

القانون المدني الكويتي :

53– قبل 25 فبراير 1981 لم يكن للكويت قانون مدني متكامل ينظم جميع الموضوعات التي يضطلع بها ، فكان يطبق على مسائل الأحوال العينية مجلة الأحكام العدلية [1]، بجانب بعض القوانين التي صدرت لتنظيم بعض الموضوعات المدنية مثل القانون رقم 6 لسنة 1961 بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع والمعدل بالقانون رقم 42 لسنة 1967 ، والقانون رقم 34 لسنة 1961 بتنظيم التأمينات العينية[2] ، «والمجلة» هذه صدرت في عهد الدولة العليا العثمانية وطبقت في الكويت عام 1938 وقواعدها الخاصة بالأحوال العينية عبارة عن تقنين لأحكام الفقه الحنفي وحده .

أما مسائل الأحوال الشخصية فكان يطبق فيها المذهب المالكي ، واستمر الحال على ذلك إلى أن وضع المشرع الكويتي أول قانون مدني

---

(1) أما قبل العمل بمجلة الأحكام العدلية في الكويت فكانت الأحوال العينية ، أي المعاملات المالية ، تخضع لمذهب الإمام مالك بالنسبة لأهل السنة ، وهو مذهب الأسرة الحاكمة ، وكان يستثنى من ذلك الشيعة الأمامية « الجعفرية » فكانت معاملاتهم تخضع لأحكام مذهب الإمام جعفر الصادق . انظر بدر جاسم اليعقوب ،القانون المدني الكويتي ، ماضيه وحاضره ، دراسة مقارنة ، معهد البحوث والدراسات العربية 1988، ص 20 .

(2) كما صدر في الكويت قانون التجارة رقم (2) لسنة 1961 في 3 يناير 1961 الذي وإن كان قد تضمن تنظيماً لأحكام نظرية الالتزام إلا أن المادة الأولى منه نصت صراحة على سريان أحكامه على التجار والأعمال التجارية ، الأمر الذي كان يحول دون تطبيق أحكام الالتزام التي تضمنها خارج المعاملات التجارية .

متكامل، وذلك بالمرسوم رقم 67 لسنة 1980 ، الذي نفذ اعتباراً من 25 فبراير 1981[1].

كما صدر قانون الأحوال الشخصية في 7 يوليو 1984م منظماً لموضوعات الأحوال الشخصية ، وعمل به اعتباراً من أول أكتوبر 1984[2].

---

(1) مراجع في القانون المدني الكويتي :
- عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقانون إيجار العقارات ، الكويت 1981 ، بدر جاسم اليعقوب.
- أحكام التأمين في القانون والقضاء دراسة مقارنة ، أحمد شرف الدين ، الكويت 1983 .
- أصول القانون : إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الكويت ، مؤسسة الصباح ، 1984 .
- التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ، حسام الأهواني ، مؤسسة دار الكتب 85/ 1986 .
- عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، بدر جاسم اليعقوب ، دراسة مقارنة ، 1986 .
- أسباب كسب الملكية في القانون المدني الكويتي ، حسام الأهواني – ذات السلاسل – 1987 .
- شرح القانون المدني الكويتي ، نظرية الحق محسن البيه مكتبة الصفار – الكويت .
- التأمين وفقا للقانون الكويتي ، جلال محمد ابراهيم مطبوعات جامعة الكويت 1989 .
- عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، حسام الأهواني ، مطبوعات جامعة الكويت 1989 .
- أحكام حق الملكية ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1990 .
- نظرية الحق في القانون المدني ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل وجلال محمد إبراهيم ، مطبوعات جامعة الكويت 1994 .
- موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، محمد شكري سرور ، مطبوعات جامعة الكويت 1994 .
- العقد والإرادة المنفردة ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت 1995 .
- المسئولية المدنية والإثراء دون سبب ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الكويت ، 95/ 1996 .
- أحكام الالتزام ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الكويت 95/ 1996 .
- عقد البيع في القانون المدني ، السيد محمد عمران ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1996 .
- عقد التأمين في القانون الكويتي ، محمد محمد أبو زيد ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1996 .
- عقد الإيجار في القانون الكويتي ، السيد محمد السيد عمران ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1996 .

(2) – وهو القانون رقم (51) لسنة 1984 ، ويتضمن ثلاثة أقسام : خصص القسم الأول للزواج ، والقسم الثاني للوصية ، والقسم الثالث للمواريث . وقد حددت المادة (343) منه الأحكام واجبة التطبيق بالنسبة للموضوعات التي لم ينظمها فنصت على أنه :

«كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك ، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد حكم أصلا ، طبقت المبادئ العامة في المذهب .

كما وضحت المادة (346) نطاق تطبيق القانون بنصها على أن :

« أ – يطبق هذا القانون على من كان يطبق عليهم مذهب الإمام مالك ، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم .

=

ويتضمن القانون المدني الكويتي الحالي ، إلى جانب بعض الأحكام العامة في القانون والحق ، القسمين الآتيين :

القسم الأول : خاص بالحقوق الشخصية أو الالتزامات ، حيث تعرض المشرع في الكتاب الأول منه للالتزامات بوجه عام ، فتناول بالتنظيم المصادر المختلفة للالتزام، وهي: العقد، والإرادة المنفردة ، والفعل الضار ، والفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير ، وأخيراً القانون ، ثم تعرض للأحكام الأخرى للالتزام من آثار وأوصاف وانتقال وانقضاء .

أما الكتاب الثاني فجعله المشرع للعقود المسماة ، فتناول بالتنظيم العقود الآتية: البيع ، المقايضة ، القرض، الصلح ، الإيجار، الإعارة ، المقاولة ، الوكالة، الإيداع ، الحراسة ، الكفالة ، التأمين .

القسم الثاني – خاص بالحقوق العينية بفرعيها الأصلية والتبعية :

(أ) – الحقوق العينية الأصلية : وهي حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه أي حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكني، وحق الارتفاق .

(ب) – الحقوق العينية التبعية : وهي الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي ، وحقوق الامتياز[1].

= ب – أما إذا كان أطراف النزاع من غير المسلمين وكانوا مختلفين ديناً أو مذهباً سرت عليهم أحكام هذا القانون» . ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية اقتصر على تنظيم الوصية الاختيارية، أما الوصية الواجبة فينظمها القانون رقم (5) لسنة 1971 . كما ينظم الوقف الأمر السامي الصادر في 5 أبريل 1951 .

(1) وننوه إلى أن اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تقدمت باقتراح تعديل بعض أحكام القانون المدني تناول بصفة خاصة تعديل المادة الأولى منه الخاصة بالمصادر الرسمية بتقديم أحكام الفقه الإسلامي على العرف ، واستبدال نظام العقد الموقوف بنظام البطلان النسبي ، وجعل مناط المسئولية التقصيرية الضرر وليس الخطأ ، وإدخال بيع السلم على النصوص المنظمة لعقد البيع ، كما تضمن الاقتراح تعديل بعض النصوص المتفرقة الأخرى .

وقد أحيل الاقتراح في 1994/8/1 إلى مجلس الأمة للنظر فيه بمقتضى المرسوم رقم (153) لسنة 1994 بإحالة مشروع قانون إلى مجلس الأمة ، وقد وافق مجلس الأمة على بعض التعديلات دون=

ثانياً – القانون التجاري

54- القانون التجاري يطلق على مجموعة القواعد القانونية المنظمة للمعاملات التجارية ، فيقوم بتعريف التاجر وتحديد شروط اكتسابه لهذه الصفة والتزاماته وملكيته التجارية وخضوعه للإفلاس ، كما ينظم العمل التجاري والعقود التجارية والشركات التجارية والأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات والسندات.

وكان القانون التجاري مندمجاً مع القانون المدني، ولكنه استقل عنه، وبذلك انفردت المعاملات التجارية بتنظيم خاص بها؛ بسبب ما تستلزمه هذه المعاملات من سرعة وائتمان لا تحققه قواعد القانون المدني ، والأمثلة على ذلك عديدة نذكر منها :

(أ) – في مجال الإثبات : القاعدة العامة في المعاملات المدنية اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات التي تتجاوز خمسة آلاف دينار ، ولا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، أما في المعاملات التجارية فلا تشترط الكتابة، بل يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

(ب) – انتقال الحقوق : لتسهيل وسرعة تداول الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات والشيكات ، فإن هذه الحقوق تنتقل بمجرد تظهيرها – أي التوقيع على الورقة بما يفيد التظهير – أو تسليمها إذا كانت واجبه الدفع لحاملها . بينما القاعدة في القانون المدني أن حوالة الحق لا تنفذ تجاه المدين أو تجاه الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها .

(ج) – تنظيم الإفلاس : نجد أن نظام الإفلاس بالنسبة للتجار – وهو المقابل للإعسار المدني – يتسم بالشدة والصرامة ، حيث ترفع يد

= بعضها الآخر . انظر في هذه التعديلات الملحق بنهاية الكتاب.

التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليتولاها وكيل الدائنين ، ولا يحدث ذلك في الإعسار المدني .

(د) – التضامن : القاعدة في القانون المدني ، أن التضامن بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، أما في المعاملات التجارية فهو مفترض دون حاجة إلى نص أو اتفاق .

لما سبق من اعتبارات ، ولظهور أنظمة جديدة قاصرة على النشاط التجاري كالشركات التجارية والبورصات والمصارف ، فقد ظهرت القواعد الخاصة المكونة للقانون التجاري[1].

القانون التجاري الكويتي

55– صدر أول قانون للتجارة في الكويت عام 1961 ، وكان يشتمل على باب تمهيدي وخمسة أبواب، الأول: في الأعمال التجارية والتجار والمؤسسات التجارية، والثاني: في الالتزامات بوجه عام، والثالث: في العقود التجارية، والرابع: في الأوراق التجارية، والخامس: في الإفلاس والصلح الواقي .

وقد صدر إلى جانب القانون السابق بعض القوانين المكملة له منها :

– القانون رقم (15) لسنة 1960 بإصدار قانون الشركات التجارية[2].

– القانون رقم (4) لسنة 1962 في شأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

وفي 15 أكتوبر 1980 صدر قانون التجارة الجديد بالمرسوم بالقانون

---

(1) ما زال بعض الأنظمة القانونية ينظم المعاملات المدنية والمعاملات التجارية بقواعد قانونية واحدة دون تمييز ، نذكر منها القانون الإنجليزي، وقانون الالتزامات السويسري ، كما ألغى المشرع الإيطالي مجموعة القانون التجاري، وأدمج موضوعاتها ضمن مجموعة القانون المدني الصادرة في عام 1942 بعد أن عدل أحكامها بما يتناسب مع مقتضيات العمل التجاري .

(2) وقد صدر هذا القانون في 12 مايو 1960 ، وأدخلت عليه عدة تعديلات بالقوانين :

– رقم (39) لسنة 1960 ، ورقم (15) لسنة 1961 ، ورقم (56) لسنة 1966 ، ورقم (3) لسنة 1975 ، ورقم (4) لسنة 1975 ، ورقم (9) لسنة 1978 .

رقم 68 لسنة 1980 ، وعمل به اعتباراً من 25 فبراير 1981[1]، وقد روعي في هذا القانون استكمال ما شاب قانون التجارة القديم من نقص ، كما أنه قنن الكثير من الأعراف التجارية المستقرة؛ لذا فقد تضمن (800) مادة موزعة على أربعة كتب تمثل موضوعاته الرئيسية وهي : 1- التجارة بوجه عام ، 2- الالتزامات والعقود التجارية ، 3- الأوراق التجارية ، 4- الإفلاس والصلح الواقي [2].

ثالثاً - القانون التجاري البحري

56- القانون التجاري البحري - ويعرف أحياناً بقانون التجارة البحرية - هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بالتجارة البحرية.

لذلك تعني قواعد القانون التجاري البحري بالسفينة وما يرد عليها من حقوق، وما يتعلق بها من عقود ، كبيعها ، وتجهيزها ، واستغلالها ،

(1) حددت المادة الثانية من هذا القانون مصادر القواعد القانونية التي تطبق على المسائل التجارية بنصها على الآتي : «مع مراعاة ما نص عليه في المادة (96) تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية . ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام . فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني» . أما المادة (96) فقد نصت على الآتي « فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني» . ويلاحظ في هذا الصدد أن المادة الرابعة من قانون التجارة الملغي لم تكن تحيل إلى القانون المدني في حالة عدم وجود نص فيه ، وإنما أحالت إلى العقود أولاً ثم العرف ثم قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وترجع العلة في ذلك إلى أن القانون المدني في ذلك الوقت كان يتمثل في قواعد مجلة الأحكام العدلية المستقاة من الفقه الحنفي الإسلامي ، بينما أحكام قانون التجارة الملغي كانت مستقاة من أحكام القوانين الغربية .

(2) مراجع في قانون التجارة الكويتي :

- العقود التجارية ،يعقوب يوسف صرخوه ، الكويت ، 1986 .
- العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن ، حسني المصري ، مكتبة الصفار ، الكويت ، 1990 .
- القانون التجاري الكويتي ، الكتاب الأول ، حسني المصري ، مؤسسة دار الكتب ، 1992 .
- عمليات البنوك ، الحسابات المصرفية في القانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، حسني المصري ، مطبوعات جامعة الكويت 1994 .
- قانون الشركات التجارية الكويتي ، طعمة الشمري ، الطبعة الثانية ، الكويت 1987 .

وعلاقة الربان بصاحب السفينة وطاقم الملاحة ، وعقود العمل البحري ، وعقود النقل البحري ، ومسئولية مالك ومجهز السفينة ، والتأمين البحري على السفينة وعلى البضائع ، وحوادث التصادم البحري والمساعدة والإنقاذ ، وإلى غير ذلك من أوجه النشاط البحري عامة .

ونظراً لأن القانون البحري يقوم بتنظيم نشاط معين من الأنشطة التجارية ، فهو أصلاً جزء من القانون التجاري استقل عنه بقواعد خاصة نظراً لأهمية السفينة وخصوصيتها وكبر قيمتها وظروف استغلالها بالبحار بعيدة عن رقابة مالكها، ومعرضة للأخطار البحرية [1].

وينظم المعاملات البحرية في الكويت قانون التجارة البحرية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (28) لسنة 1980[2] ، والذي حل محل التقنين

---

(1) واعتبار القانون البحري من فروع القانون الخاص لا يعني أن جميع قواعده تندرج تحت هذا الفرع ، بل يمكن أن يؤخذ بمعنى أكثر اتساعاً ليشمل موضوعات تنظمها فروع أخرى من القانون ، فحرية الملاحة في البحار تعد من موضوعات القانون البحري. ولكنها تخضع في تنظيمها لقواعد القانون الدولي العام ، كذلك العلاقة بين الربان وطاقم السفينة قد تنظمها قواعد القانون الإداري على الرغم من كونها من موضوعات القانون البحري.

(2) وكانت موضوعات القانون البحري محل اهتمام من المشرع الكويتي فكانت من أولى الموضوعات التي تدخل مبكراً لتنظيمها تشريعاً ، ففي 29مايو 1940 أصدر قانون الغواصين ، ثم أصدر في 4 يونية 1940 قانون السفر .

وإلى جانب التشريعات الداخلية التي تنظم موضوعات القانون البحري فهناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمت لتنظيم بعض موضوعاته نذكر منها :

– اتفاقيات بروكسل لعام 1910 المتعلقة بالمساعدة والإنقاذ والمصادمات البحرية .

– اتفاقيات بروكسل لعام 1924 ، وعام 1968 الخاصة بسندات الشحن .

– اتفاقية هامبورج لعام 1978 المتعلقة بنقل البضائع .

هذا وقد ألحق بقانون التجارة البحرية رقم (28) لسنة 1980 عدة تشريعات تعد جزءاً من القانون البحري الكويتي نذكر منها :

– المرسوم بقانون رقم (29) لسنة 1980 بشأن الجواز البحري .

– المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 1980 بشأن الربابنة وضباط الملاحة والمهندسين في السفن التجارية .

– المرسوم بقانون رقم (31) لسنة 1980 في شأن الأمن والنظام والتأديب في السفن .

البحري القديم الصادر بالمرسوم الأميري رقم 23 لعام 1959[1].

رابعاً – القانون الجوي

57– القانون الجوي : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية . وهو يقابل القانون البحري، ولذلك فموضوعاته تقابل تلك الموضوعات التي ينظمها القانون البحري مطبقة على الطائرة وسيلة الملاحة والتجارة الجوية ، فيقوم بتنظيم القواعد المتعلقة ببنائها ، وبيعها، ورهنها ، وحجزها، والتأمين عليها ، كما ينظم مسئولية الناقل الجوي بنوعيها: العقدية والتقصيرية . والقانون الجوي فرع حديث النشأة ، ويرجع ظهوره إلى تلك الأهمية المتزايدة للنقل الجوي التي ظهرت أعقاب الحرب العالمية الأولى؛ لذلك نجد أن معظم قواعده متناثرة في تشريعات وطنية مختلفة واتفاقيات دولية .

وتنظم موضوعات القانون الجوي في الكويت بالمواد من (205) إلى (222) من قانون التجارة الكويتي ، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولة التي انضمت إليها الكويت [2]

خامساً – القانون الزراعي

58– القانون الزراعي يطلق على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم النشاط الزراعي ، حيث يتناول بالتنظيم الملكية الزراعية ، والاستغلال الزراعي،

---

(1) مراجع في القانون البحري الكويتي .
– الوسيط في شرح القانون البحري الكويتي ، يعقوب يوسف صرخوه ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت، 198 .

(2) من هذه الاتفاقيات :
– اتفاقية وارسو المبرمة في 12 أكتوبر 1929 ، والمعدلة ببروتوكول لاهاي في 28 سبتمبر ,1955
– معاهدة جوادا لاخار المبرمة بالمكسيك في 18 سبتمبر 1961 ، المكملة لاتفاقية وارسو ، وقد انضمت إليها الكويت بالقانون رقم (20) لسنة 1975 .
نشير هنا – أيضاً – إلى أن بعض موضوعات القانون الجوي يمكن تنظيمها من فروع أخرى للقانون ، كما هو الشأن بالنسبة للقانون البحري .

والعلاقة بين ملاك الأراضي الزراعية ومستأجريها.

ولا يوجد في الكويت قانون مستقل لتنظيم موضوعات القانون الزراعي، وإنما تولى القانون المدني تنظيم أهم موضوعين من موضوعاته، وهما عقد إيجار الأراضي الزراعية، وعقد المزارعة في المواد من (616) إلى (638) في الفرع الثاني من عقد الإيجار المخصص لبعض أنواع الإيجار.

سادساً – قانون العمل

59– قانون العمال هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين العمال وأرباب العمل.

ويرجع ظهور قانون العمل واستقلاله عن القانون المدني إلى الحاجة إلى حماية العمال بسبب ضعفهم، وازدياد شوكة أرباب العمل مما أدى إلى اختلال التوازن في عقد العمل، فتدخلت الدول لحمايتهم بوضع مجموعة من القواعد الآمرة يلتزم بها أطراف عقد العمل، بصفة خاصة رب العمل[1].

وبدأ ظهور تشريعات العمل في الكويت منذ عام 1959 بصدور قانون العمل في القطاع الأهلي، ثم عُدِل ذلك القانون بالمرسوم الأميري رقم (43) لسنة 1960، وبالقانون رقم (1) لسنه 1961.

وفي عام 1963 ألغي القانون المذكور، وصدر بدلاً منه القانون رقم(38)

---

(1) يرى بعض الفقهاء أن قانون العمل يندرج تحت فروع القانون العام، وليس القانون الخاص استناداً إلى ما يتضمنه من قواعد تتعلق بالنظام العام، وهي التي تهدف إلى حماية العمل من جور أرباب العمل، كما رأى بعض آخر أن قانون العمل قانون مختلط لكونه يتضمن قواعد تدخل في نطاق القانون الخاص، وقواعد تدخل في نطاق القانون العام. ولكننا نعتقد أن قانون العمل هو فرع من القانون الخاص، ولا يحول دون ذلك أن يتضمن بعض القواعد المتعلقة بالقانون العام، ذلك أن مناط اعتبار قانون ما من فروع القانون العام، وهو فكرة السلطة العامة، لا تتحق بالنسبة لموضوعات قانون العمل.

لسنة 1964 ، وبمقتضى القانون رقم (43) لسنة 1968 أضيف إلى قانون 1964 بعض الأحكام الخاصة بعمال النفط مراعاة لظروف عملهم المختلفة ، ثم استقلت هذه الأحكام بقانون خاص بها وقائم بذاته بموجب القانون رقم (38) لسنة 1969 بشأن العمل في قطاع الأعمال النفطية[1]. وهكذا أصبحت علاقات العمل تنظم في الوقت الحالي بمقتضى القانون رقم (38) لسنة 1964 في شأن العمل في القطاع الأهلي ، والقانون رقم (28) لسنة 1969 في شأن العمل في قطاع الأعمال النفطية .

سابعاً – قانون التأمينات الاجتماعية

60– يقصد بقانون التأمينات الاجتماعية مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تأمين أفراد المجتمع من الأخطار التي تهددهم ، كالعجز والشيخوخة والمرض والوفاة وإصابات العمل[2]، ويتم ذلك عن طريق تقديم وسائل العون والمساعدة المختلفة ، من وقائية وعلاجية ، للمستحقين ، مجاناً أو مقابل اشتراكات تقع على عاتق الجماعة (الدولة – صاحب العمل – المؤمن عليهم) ، وينظم التأمينات الاجتماعية في الكويت قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالأمر الأميري رقم 61 لسنة 1976[3] .

---

(1) مراجع في قانون العمل الكويتي :
– قانون العمل الكويتي ، محمود جمال الدين زكي ، الكويت 1972 .
– قانون العمل الكويتي ، عبدالفتاح عبدالباقي ، الكويت 1975 .
– الوجيز في قانون العمل الكويتي ، عبدالرسول عبدالرضا ، جامعة الكويت ، 1985 .
– قانون العمل الكويتي المقارن ، جمال فاخر النكاس مطبوعات كلية الحقوق جامعة الكويت ، 1993 .

(2) يدرج بعض الفقه القواعد المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية ضمن قانون العمل ليجعل منهما قانوناً واحداً، غير أن هذه النظرة لم تعد صحيحة في الوقت الحالي حيث لا تقتصر الحماية الاجتماعية على طبقة العمال وحدهم ، بل أصبحت شاملة لطوائف أخرى من المجتمع. من هنا فإن قانون التأمينات الاجتماعية ليس قانوناً خاصاً بحتا لكونه يتضمن بعض القواعد التي تدخل في نطاق القانون العام .

(3) وقد أدخلت على هذا القانون عدة تعديلات منها القانون رقم (69) لسنة 1979، والقانون رقم (11) لسنة 1988 ، والمرسوم بقانون رقم (127) لسنة 1992 .
راجع لمزيد من التفاصيل جمال فاخر النكاس : التأمينات الاجتماعية في الكويت ، 1995 .
– مراجع في قانون التأمينات الكويتي : =

ثامناً – قانون المرافعات المدنية والتجارية

61– يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية (المحاكم) وإجراءات التقاضي أمامها لحماية الحقوق المدنية والتجارية ، ويتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية مجموعتين من القواعد القانونية : المجموعة الأولى خاصة بتنظيم السلطة القضائية ، أي المحاكم المختصة في الدولة ، والمجموعة الثانية خاصة بالإجراءات واجبة الاتباع أمام هذه المحاكم .

فقانون المرافعات المدنية والتجارية يتولى تنظيم جهاز القضاء المدني والتجاري بترتيب محاكمه وبيان أنواعها وتشكيلها وتحديد اختصاصها، كذلك يقوم بتحديد وتنظيم إجراءات التقاضي ووسائل الطعن في الأحكام القضائية وطرق تنفيذها ، كما ينظم قانون المرافعات المدنية فض المنازعات عن طريق التحكيم، فيبين تشكيل هيئات التحكيم وإجراءاته ، ونظراً للأهمية المتزايدة للتحكيم فقد بدأ يستقل بقوانين خاصة به [1].

ويتناول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، في بعض الأنظمة ، تنظيم الأوضاع الخاصة برجال القضاء والنيابة العامة ، بينما يترك ذلك لتشريعات خاصة بالنسبة لبعض الأنظمة الأخرى .

مما سبق يتبين أن قانون المرافعات هو قانون إجرائي، فلا يقوم بتحديد حقوق والتزامات الأفراد، وإنما يوضح ما يجب اتباعه من إجراءات لحماية هذه الحقوق ، فإذا كانت الحقوق هي موضوع القانون

= – تشريعات الرعاية الاجتماعية ، تطبيقاتها في القانون الكويتي ، حسام الأهواني ، ومحمد زهرة، الكويت 1989 .

– التأمينات الاجتماعية في الكويت ، جمال فاخر النكاس ، مؤسسة دار الكتب ، 1995– 1996 .

(1) اصدر المشرع الكويتي في 19 فبراير 1995 القانون رقم (11) لسنة 1995 في شأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية ، معدلاً نظام التحكيم الذي نصت عليه المادة (177) من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المدني والتجاري فإن الدعاوى هي موضوع المرافعات المدنية والتجارية .

وتعد قواعد المرافعات المدنية والتجارية القانون أو الشريعة العامة واجبة التطبيق بالنسبة لإجراءات التقاضي فيما لم يرد به نص خاص في المسائل الجنائية والإدارية .

62- وقد صدر أول تقنين للمرافعات المدنية والتجارية في الكويت بالمرسوم الأميري رقم (6) لسنة 1960 ، وألغي هذا القانون، وحل محلة المرسوم بقانون رقم (38) لسنة 1980[1] .

ولا شك أن مجموعة القواعد التي يتضمنها قانون المرافعات، والتي تتولى تنظيم السلطة القضائية تبعده عن أن يكون قانوناً خاصاً محضاً وتقربه من القانون العام . ولذلك يمكننا القول بأنه قانون مختلط يجمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، ولكن جرت عادة الشراح على إدراجه ضمن فروع القانون الخاص لتعلقه بها أكثر .

تاسعاً – قانون الإثبات

63- يقصد بقانون الإثبات مجموعة القواعد القانونية ، الموضوعية والإجرائية،

(1) وتوجد إلى جانب قانون المرافعات المدنية والتجارية بعض التشريعات الأخرى المكملة له نذكر منها :
- قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم الأميري رقم (19) لسنة 1959 ، والذي عُدِل أخيرا في عام 1996 .
- القانون رقم (12) لسنة 1965 .
- القانون رقم (74) لسنة 1966 .
- القانون رقم (61) لسنة 1980 .
- التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، فتحي والي ، مطبوعات جامعة الكويت ،1978 .
- مراجع في قانون المرافعات الكويتي :
- مبادئ القضاء المدني الكويتي ، وفقا لقانون المرافعات الجديد ، وجدي راغب وعزمي عبدالفتاح ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1984 .
- قانون التحكيم الكويتي ، عزمي عبدالفتاح ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1990 .
- قانون المرافعات الكويتي ، وفقا لأحدث التعديلات التشريعية ، وجدي راغب ، وسيد احمد محمود ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1994 .

التي تنظم إثبات الوقائع والتصرفات المنشئة للحقوق وما يقابلها من التزامات .

وكما يتضح لنا يتضمن قانون الإثبات مجموعتين من القواعد القانونية :

المجموعة الأولى : قواعد موضوعية تحدد أدلة الإثبات والحالات التي يستعمل فيها كل دليل ، ومحل الإثبات ، والخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات .

المجموعة الثانية : قواعد إجرائية تحدد الإجراءات واجبة الاتباع عند إثبات الحق أمام القضاء [1].

ويتجه بعض الأنظمة القانونية إلى تنظيم قواعد الإثبات الموضوعية ضمن القانون المدني ، وتنظيم قواعد الإثبات الإجرائية ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية[2] ، بينما يقوم بعض آخر بضم المجموعتين معاً في قانون واحد، يختص بتنظيم جميع القواعد القانونية المتعلقة بالإثبات في المواد المدنية والتجارية [3].

وينضم المشرع الكويتي إلى الاتجاه الثاني، فقد أصدر المرسوم

---

(1) نظم المشرع الكويتي القواعد الخاصة بالخبرة بقانون مستقل بها هو القانون رقم (40) لسنة 1980 ، الذي صدر في 4 يونية 1980 ، وعمل به اعتبارا من أول نوفمبر 1980، وهو يتضمن ثلاثة فصول : الفصل الأول في الأحكام العامة ، والفصل الثاني في خبراء إدارة الخبرة ، والفصل الثالث في خبراء الجدول.

(2) وهذا ما يأخذ به المشرع السوري ، وهو أيضاً ما كان يسلكه المشرع المصري فكان يدرج القواعد الموضوعية في الإثبات ضمن قواعد القانون المدني مخصصا لها الباب السادس من الكتاب الأول ، بينما كان يدرج قواعد الإثبات الإجرائية ضمن قواعد قانون المرافعات في الباب السابع من القسم الأول. غير أن المشرع المصري جمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية في قانون مستقل بها هو قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم (25) لسنة 1968 .

(3) تدرج بعض التشريعات ،كالتشريع الألماني والتشريع اللبناني ، قواعد الإثبات جميعها ضمن قواعد قانون المرافعات المدنية .

بقانون رقم (39) لسنة 1980 بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية شاملاً لقواعده الموضوعية والإجرائية معاً[1].

عاشراً – القانون الدولي الخاص

64– يقصد بالقانون الدولي الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الروابط القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظرها وتعيين القانون الواجب التطبيق بالنسبة لهذا الصنف من الروابط .

ومن التعريف يتضح أن القانون الدولي الخاص يقوم أصلاً بتنظيم روابط خاصة، ولكنها تتميز بدخول عنصر أجنبي فيها ، وتكون العلاقة ذات عنصر أجنبي إذا ما انعدمت الصفة الوطنية لأشخاصها أو موضوعها أو مكان حدوثها ، بأن كان أحد طرفيها أجنبياً ، أو كان محلها أو موضوعها مالاً موجوداً في بلد أجنبي ، أو تمت في بلد أجنبي .

فإذا باع كويتي لفرنسي عقاراً كائناً بالكويت، وتم البيع بها ، كنا أمام علاقة تتضمن عنصراً أجنبياً هو أحد أطرافها .

وإذا تزوج كويتي بكويتية في أثناء تواجدهما بإنجلترا كنا أيضاً بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي هو مكان انعقادها .

وإذا باع كويتي لكويتي آخر عقاراً يملكه موجوداً في لبنان ، وتم البيع في الكويت كنا أمام علاقة ذات عنصر أجنبي هو موضوعها .

---

(1) مراجع في قانون الإثبات الكويتي :
– الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري الكويتي ، محمد السعيد رشدي ، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر ، الكويت 1995/1996 .
– شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية «الكويتي» الصادر بالمرسوم رقم (39) لسنة 1980 ، دراسة مقارنة ، محمد شكري سرور مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ، كلية الحقوق – جامعة الكويت ، 1994 .

كما يتميز القانون الدولي الخاص بأنه لا يضع قواعد موضوعية ، وإنما قواعد إجرائية تسمى بقواعد الإسناد .

والموضوعات الرئيسية التي يتناولها القانون الدولي الخاص هي :

- بيان ما إذا كان القضاء الوطني مختصاً أم غير مختص بنظر العلاقة محل النزاع ذات العنصر الأجنبي ، وبصفة عامة تحديد وبيان قواعد تنازع الاختصاص القضائي .
- تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة محل النزاع عن طريق ما يسمى بقواعد الإسناد ، أي: تحديد قواعد تنازع القوانين .

ويضاف إلى ما سبق ، وفقا لاتجاه بعض الفقهاء ، الموضوعات الآتية :

- المركز القانوني للأجانب .
- الجنسية ، أي: التبعية القانونية والسياسية التي تخلع بها الدولة الصفة الوطنية على الفرد .
- الموطن ، ويقصد بذلك قواعد توطن الأجانب بدولة معينة وارتباطهم القانوني بها .

والقانون الدولي الخاص هو قانون وطني أو داخلي بحت ، فلكل دولة قانونها الدولي الخاص، بعكس القانون الدولي العام الذي يكون واحداً بالنسبة لكلّ الدول.

وقد جرى الفقه على إدراج القانون الدولي الخاص ضمن فروع القانون الخاص ، لكونه يحكم أصلاً روابط خاصة ، ولكن يجب التنويه إلى أن من قواعده ما تتصل بالقانون العام والخاص معاً ، ونقصد بذلك القواعد المنظمة للموطن والمركز القانوني للأجانب .

65- وقد صدر القانون الدولي الخاص الكويتي سنة 1961، وكان يشتمل على

بابين: الأول في ولاية محاكم الكويت في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وقد ألغي هذا الباب بصدور قانون المرافعات المدنية والتجارية عام 1980، وحل محله الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون الذي نظم الاختصاص الدولي للمحاكم في المواد من (23) إلى (28). أما الباب الثاني الذي انحصر فيه القانون الدولي الخاص فيحدد القانون واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

أما موضوعات الجنسية فينظمها قانون الجنسية الكويتي رقم (15) لسنة 1959، والقوانين المعدلة له[1].

(1) من هذه القوانين القانون رقم (2) لسنة 1960، والقانون رقم (21) لسنة 1965، والقانون رقم (70) لسنة 1966، والقانون رقم (30) لسنة 1970، والقانون رقم (41) لسنة 1972، والقانون رقم (100) لسنة 1980، والقانون رقم (401) لسنة 1987، والفانون رقم (44) لسنة 1994.

مراجع في القانون الدولي الخاص الكويتي:

- تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، حسن الهداوي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974.
- الجنسية في القانون الكويتي والدولي، رشيد حمد العنزي، الكويت 1992.

المبحث الثالث

فروع القانون العام

تمهيد :

66- وضحنا أن المقصود بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة الحريصة على تحقيق الصالح العام . ووفقاً لطبيعة الدور الذي تضطلع به الدولة تنقسم قواعد القانون العام إلى قواعد تنظيم علاقاتها داخل الدولة نفسها ، وتسمى القواعد عندئذ قواعد القانون العام الداخلي ، وهذه تنقسم بدورها إلى فروع القانون العام الآتية :

القانون الدستوري الذي ينظم النشاط السياسي للدولة .

القانون الإداري الذي ينظم النشاط الإداري للدولة .

القانون المالي الذي ينظم مالية الدولة .

القانون الجنائي الذي ينظم دور الدولة وسلطتها في توقيع العقاب على الخارجين عن القانون .

ونتناول فيما يلي هذه القوانين لنوضح المقصود بها ، والموضوعات التي تنظمها ، ومدى اتصالها بالقانون العام .

أولاً- القانون الدستوري

67- القانون الدستوري ، أو الدستور ، وهو القانون الأساسي في الدولة ، يطلق على مجموعة القواعد القانونية الأساسية التي تبين شكل الدولة ، ونوع الحكومة، وتنظم السلطات العامة في الدولة ، من حيث تكوينها واختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها ، كما تقرر الحقوق والحريات

الأساسية للأفراد والجماعات كحق الملكية والعمل والعقيدة وإبداء الرأي ، وتنظم علاقات الأفراد بالدولة وسلطاتها العامة [1].

ومن التحديد السابق يتضح أن القانون الدستوري يقوم بتنظيم الموضوعات الآتية :

- شكل الدولة ، وما إذا كانت مركبة، أو اتحادية، أو غير ذلك .
- نوع الحكومة ، وما إذا كانت تأخذ بالنظام البرلماني أو الرئاسي أو غيرهما .
- سلطات الدولة المختلفة ، وهي : السلطة التشريعية التي تقوم بسن التشريعات ، والسلطة القضائية ومهمتها الفصل في المنازعات ، والسلطة التنفيذية ووظيفتها تنفيذ القوانين وإدارة المرافق العامة في الدولة .
- الحريات الفردية وضماناتها ، مثل حرية التملك، وحرية الرأي، والبحث العلمي، وحرية العقيدة، وحرية التعليم والتعلم، وحرية الصحافة، والمساواة بين الأفراد بمختلف صورها ، في الحقوق والواجبات ، كالمساواة في التوظيف ودفع الضرائب والخدمة العسكرية .

مدى اعتبار قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية كاملة :

68- أنكر بعض الفقهاء اعتبار القواعد التي يتضمنها القانون الدستوري قواعد قانونية بالمعنى الدقيق السابق إيضاحه ، وذلك استناداً إلى تخلف صفة الجزاء التي تميز القاعدة القانونية ، فلدى هذا البعض لا يتصور بالنسبة لقواعد القانون الدستوري ، وهي صادرة من الدولة لتطبق عليها ، أن

---

(1) ويتضمن الدستور الكويتي الأبواب الخمسة الآتية :
الباب الأول : الدولة ونظام الحكم : المواد من (1) إلى (6).
الباب الثاني :المقومات الأساسية للمجتمع الكويتي : المواد (7) إلى (26) .
الباب الثالث : الحقوق والواجبات العامة : المواد (27) إلى (49) .
الباب الرابع : السلطات : المواد من (50) إلى (173) .
الباب الخامس : أحكام عامة وأحكام مؤقتة : المواد من (174) إلى (183) .

تقترن بجزاء لمخالفتها ، فلا يعقل لديهم أن تفرض الدولة جزاء يطبق عليها نفسها .

بيد أنه مع التدقيق يتضح أن هذا القول محل نظر ، فالجزاء متحقق بالنسبة لقواعد القانون الدستوري ، ويتمثل في قوى الرأي العام الذي لا تجرُؤُ أية هيئة حاكمة على مخالفته ، وإلا تعرضت لثورته الغاضبة ، هذا بجانب ما نجده في تنظيم سلطات الدولة وعلاقاتها فيما بينها من رقابة فعالة إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات، مما يجعل كل سلطة رقيبة على أعمال السلطات الأخرى [1].

كما أن هناك جانباً من قواعد القانون الدستوري يقترن بجزاء لا شك فيه مثل تلك القواعد المنظمة لحقوق الأفراد وحرياتهم، حيث يتعرض من يتعدى عليها للجزاء القانوني المحدد .

ثم إن العبرة في صفات القاعدة القانونية ليست في الجزاء في نفسه، وإنما باعتباره وسيلة إلزامها واحترامها ، فإذا توافر هذا الإلزام بوسيلة أو بأخرى اعتبرت القاعدة قانونية .

وهكذا يتضح أن قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، وإن كان هذا لا يمنع من انفراد الجزاء المقترن بها ببعض الخصائص التي تميزه عن الجزاء بمعناه العام ، بسبب الطبيعة الخاصة لهذا القانون .

الدستور الكويتي :

69- صدر دستور الكويت في 14 جمادي الثاني 1382 هجرية، الموافق 11

---

(1) فإعمالاً لمبدأ رقابة سلطات الدولة بعضها على البعض الآخر تملك السلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية ، وتملك السلطة التشريعية إسقاط الحكومة وطرح الثقة فيها ، ويكون للسلطة القضائية إلغاء التشريعات المخالفة للدستور عن طريق حقها في الرقابة القضائية على التشريعات والامتناع عن تطبيقها أو إلغائها .

نوفمبر 1962[1]، هو يشتمل على خمسة أبواب : الباب الأول في الدولة ونظام الحكم ، والثاني في المقومات الأساسية للمجتمع الكويتي ، والثالث في الحقوق والواجبات العامة ، والرابع في السلطات العامة ، والخامس في الأحكام العامة والمؤقتة[2].

ثانياً – القانون الإداري

70– القانون الإداري يطلق على القواعد القانونية التي تنظم النشاط الإداري للدولة ، وينظم القانون الإداري الموضوعات الآتية :

– الجهاز الإداري في الدولة ، ببيان تكوينه واختصاصه .
– النشاط الإداري في الدولة ، بتحديد أساليب إدارة المرافق العامة وتنظيم الأعمال الإدارية وما يجب اتباعه بصددها من إجراءات ونظم .
– النظام القانوني لموظفي الدولة ، بتنظيم طرق تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم، وكل ما يتعلق بشئونهم الوظيفية .
– القضاء الإداري ، بترتيب المحاكم الإدارية ، وتحديد اختصاصاتها ، وإجراءات التقاضي أمامها ، وطرق الطعن في أحكامها .

وقد صدر أول قانون للوظائف العامة المدنية في الكويت بالمرسوم الأميري رقم 7 لسنة 1960 ، ثم ألغي هذا القانون، وحل محله قانون

---

(1) كما صدر في 30 يناير 1964 القانون رقم (4) لسنة 1964 في شأن أحكام توارث الإمارة ، وهو قانون أساسي مكمل للدستور ، فقد نصت المادة التاسعة منه على أن « تكون لهذا القانون صفة دستورية ، فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور».
وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : « الكويت إمارة وراثية في ذرية المغفور له مبارك الصباح».
وتعد أحكام المذكرة التفسيرية لدستور الكويت – لظروف خاصة بوضعها – في حكم قواعد الدستور ذاته. راجع لاحقا فقرة رقم 133 وحاشيتها .

(2) مراجع في الدستور الكويتي :
– النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت ، عثمان عبد الملك الصالح ، الكويت ، 1989 .
– النظام الدستوري في الكويت ، دراسة مقارنة ، عادل الطبطبائي ، الكويت 1994 .

الخدمة المدنية بالمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1979[1].

أما بالنسبة للقضاء الإداري في الكويت فيقتصر على تلك الدائرة الملحقة بالمحكمة الكلية ، التي أنشئت عام 1981 إعمالاً للمادة (169) من الدستور الكويتي[2] التي نصت على أن : «ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري ...» وكان اختصاص الدائرة يقتصر - عند إنشائها - على بعض منازعات الموظفين ، وبعض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وبصدور القانون رقم (61) لسنة 1982 أصبح اختصاص الدائرة الإدارية شبه شامل، ولم يستثن منه سوى بعض القرارات المتصلة بأعمال السيادة .

ثالثاً - القانون المالي

71- يقصد بالقانون المالي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها ، وتحكم ميزانيتها .

والقانون المالي استقل حديثاً عن القانون الإداري ، حيث كان إلى وقت قريب جزءاً منه يتولى تنظيم نشاط محدد من أنشطة الجهاز الإداري للدولة ، وهو النشاط المالي .

وقد جرت العادة على تسمية القانون المالي بالمالية العامة[3].

---

(1) مراجع في القانون الإداري الكويتي :
- مبادئ القانون الإداري الكويتي ، عبدالفتاح حسن ، الكويت 1969 .
- قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد ، عادل الطبطبائي ، الكويت 1983 .
- القانون الإداري ، محمد على آل ياسين ، بيروت 1983 .

(2) تعددت هذه الدوائر فيما بعد بسبب تزايد القضايا الادارية .

(3) مراجع في المالية العامة : مبادئ المالية العامة ، الجزء الأول ، محمد سعيد فرهود ، منشورات جامعة حلب - كلية العلوم الاقتصادية ، مطبعة الروضة دمشق ، 1414هـ 1994م.

رابعاً – القانون الجنائي

72– القانون الجنائي هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية التي تنظم سلطة الدولة وحقها في توقيع العقاب على المجرمين ، وينظم القواعد الموضوعية قانون الجزاء ، وينظم القواعد الإجرائية قانون الإجراءات الجزائية ، فالقانون الجنائي يضم – إذن – فرعين: هما قانون الجزاء، وقانون الإجراءات الجنائية :

قانون الجزاء :

73– قانون الجزاء هو فرع القانون الجنائي الذي يحدد الجرائم وعقوبة كل منها . وينقسم قانون الجزاء إلى قسمين: قسم عام، وقسم خاص .

(١)– القسم العام :

يضم القسم العام الأحكام والقواعد العامة المشتركة التي تطبق على الجريمة والمجرم والعقوبة أياً كانت الواقعة الإجرامية؛ لذلك يطلق عليه «النظرية العامة» لتناوله الأركان والقواعد العامة في الجريمة ، والمجرم ، والعقوبة .

(أ) – فبالنسبة للجريمة ، يقوم بتحديد أركانها الثلاثة، وهي : الركن الشرعي ، والركن المادي ، والركن المعنوي : والركن الشرعي يتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات ، هو الذي عبرت عنه المادة (32) من الدستور الكويتي بقولها : «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، كما قررته أيضاً المادة الأولى من قانون الجزاء بقولها : «لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله إلا بناء على نص في القانون».

أما الركن المادي فهو الفعل أو الامتناع الذي يكَون الواقعة الإجرامية . وأما الركن المعنوي فيتطلب صدور الخطأ من الجاني في

صورة القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي .

(ب)- وبالنسبة للمجرم ، يتولى القسم العام تحديد شروط المسئولية وانعدامها، والظروف التي تعفي أو تخفف منها .

(ج) - وبالنسبة للعقوبة ، فيقوم بتحديد أنواعها وتصنيفها وفقاً لما يقرره القانون.

(2) - القسم الخاص :

يشمل القسم الخاص الأحكام والقواعد التي تحدد الشروط الخاصة بكل جريمة على حده، كجريمة القتل، وجريمة السرقة، وجريمة النصب .

وبجانب قانون الجزاء توجد قوانين خاصة مكملة له تتناول بالتجريم بعض الجرائم الخاصة .

مدى اعتبار قانون الجزاء من فروع القانون العام :

74- لم تتفق كلمة الشراح على اعتبار قانون الجزاء فرعاً من فروع القانون العام، فذهب البعض- استناداً إلى أن معظم الجرائم التي يتناولها قانون العقوبات بالتجريم تقع على الأفراد - إلى أن هذا القانون هو فرع من فروع القانون الخاص .

وقد اعترض البعض على ذلك القول بأن هذه الجرائم ، وإن كانت تقع على الأفراد ، فإنها تضر بالمصلحة العامة لما تسببه من إخلال بأمن وطمأنينة المجتمع . لذلك فإن تحريك الدعوى العمومية على مرتكبي هذه الجرائم لا يكون إلا بمعرفة النيابة العامة ، كما أن نزول المجني عليه عن حقه لا تأثير له على ممارسة الدعوى العمومية .

والملاحظ على الاعتراض السابق أنه ليس مطلق الصحة ، فتوجد حالات لا يمكن فيها للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية إلا بناء على طلب ذوي الشأن من الأفراد ، من ذلك حالة ارتكاب جريمة السب والقذف،

وجريمة خطف الإناث[1] كما أن القانون الكويتي يجيز العفو والتصالح في بعض الجرائم[2] .

لذلك فقد رأى فريق آخر أن قانون الجزاء هو قانون مختلط يجمع بين القانون العام والقانون الخاص[3].

وقد صدر قانون الجزاء في الكويت عام 1960 بالقانون رقم (16) لسنة 1960 ، وتعرض لعدة تعديلات أهمها التعديل الذي تم بالقانون رقم (31) لسنة 1970 ، والقانون رقم (75) لسنة 1978 ، والقانون رقم (70) لسنة 1979 . كما صدرت عدة تشريعات مكملة لقانون الجزاء[4] .

قانون الإجراءات الجزائية :

75- يتضمن قانون الإجراءات الجزائية مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات

---

(1) راجع المادة (109) من قانون الإجراءات الجزائية .

(2) راجع المادة (240) من قانون الإجراءات الجزائية .

(3) يدرج الفقه المصري قانون الجزاء (العقوبات) ضمن فروع القانون العام ، بينما يدرجه الفقه الفرنسي ضمن فروع القانون الخاص .

(4) ومن هذه التشريعات نذكر :

- المرسوم بالقانون (65) لسنة 1976 في شأن الاجتماعات العامة والتجمعات .
- القانون رقم (20) لسنة 1976 في شأن قمع الغش في المعاملات التجارية ، وقد عُدل هذا القانون بالقانون رقم (2) لسنة 1980 .
- المرسوم بالقانون رقم (10) لسنة 1979 في شأن الإشراف على الاتجار في السلع وتحديد أسعار بعضها .

مراجع في قانون الجزاء الكويتي:

- الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي ، القسم العام ،عبدالوهاب حومد مطبوعات جامعة الكويت 1987« إعادة طبع » .
- جرائم أمن الدولة الخارجي ، دراسة مقارنة في القانون الكويتي والمقارن ، عبد المهيمن بكر سالم ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1988 ، إعادة تصوير .
- جرائم السب والقذف في القانون الكويتي ، غنام محمد غنام مؤسسة دار الكتب ، 1995 .
- جرائم العرض والحياء والزنا في القانون الكويتي ، غنام محمد غنام ، دار السلاسل ، 1995 .
- مبادئ علم الإجرام ،محمد نور هنداوي ، مؤسسة دار الكتب ،1995 .
- علم العقاب ، محمد نور هنداي ، دار الكتب ، الكويت ، 1996 .

واجبة الاتباع لتطبيق أحكام قانون الجزاء ، من القبض على المتهمين، والتحقيق معهم، وحبسهم احتياطياً، وإجراءات محاكمتهم أمام المحاكم الجزائية ، ثم قواعد الطعن في الأحكام وتنفيذ العقوبات الصادرة .

كما يتضمن أيضاً ترتيب المحاكم الجزائية، فيبين أنواعها، واختصاص كل منها .

ومما سبق يتضح أن قواعد قانون الإجراءات الجزائية هي قواعد شكلية أو إجرائية، بعكس قواعد قانون الجزاء فهي قواعد موضوعية .

وينظم قواعد الإجراءات الجزائية في الكويت القانون رقم 17 لسنة 1960 بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الذي خضع بدورة لعدة تعديلات[1].

خامساً – القانون الدولي العام

76– القانون الدولي العام يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول فيما بينها في وقت السلم ووقت الحرب ، كما يتضمن القواعد التي تنظم علاقات الدول بالمنظمات الدولية والأشخاص الدولية الأخرى .

ويتميز القانون الدولي العام بأن قواعده تقتصر على الدول والمنظمات الدولية، ولا تمتد إلى الأفراد إلا على سبيل الاستثناء . وتنقسم قواد القانون الدولي العام إلى مجموعتين: الأولى تنظم العلاقات الدولية ، والثانية تخص المنظمات الدولية (قانون المنظمات الدولية) .

(ا) – القواعد المنظمة للعلاقات الدولية :

77– يضم قانون العلاقات الدولية مجموعتين من القواعد : الأولى خاصة

---

(1) مراجع في شرح قانون الإجراءات الجزائية .

– الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ، عبدالوهاب حومد ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الرابعة 1989 .

بوقت السلم (قانون السلم) ، والثانية خاصة بأوقات الحرب (قانون الحرب أو قانون المنازعات الدولية المسلحة) .

(أ) – قانون السلم :

78– يعني قانون السلم مجموعة قواعد القانون الدولي العام التي تطبق على العلاقات الدولية في الأوقات العادية، أي أوقات السلم ، ويتناول الموضوعات الآتية :

- الدول وأنواعها وشروط اكتسابها الشخصية الدولية .
- الحقوق التي تتمتع بها كل دولة والواجبات التي تتحملها.
- طرق التمثيل الدبلوماسي والقنصلي .
- القواعد المنظمة للمعاهدات الدولية .
- قواعد وأحكام المسئولية الدولية .

(ب) – قانون المنازعات الدولية المسلحة :

79– يعني قانون المنازعات الدولية المسلحة مجموعة قواعد القانون الدولي العام التي تطبق على الدول التي في حالة حرب ، وأهم موضوعاته :

- علاقات الدول المتحاربة ، من حيث كيفية إعلان الحرب، وما يجوز استخدامه من الأسلحة وما لا يجوز .
- قواعد معاملة أسرى الحرب والجرحى والمدنيين .
- طرق المفاوضة في أثناء الحرب .
- وسائل إنهاء حالة الحرب من هدنة أو صلح .
- تنظيم استخدام البحار والفضاء الجوي.

كما ينظم قانون المنازعات الدولية المسلحة موقف الدول التي لا تدخل في الحرب القائمة بين دولتين أو أكثر ، فيبين حقوق وواجبات هذه الدول

التي يجب أن تكون محايدة بالنسبة للدول المتحاربة[1].

(2) – قانون المنظمات الدولية :

80- يقصد بقانون المنظمات الدولية مجموعة قواعد القانون الدولي العام التي تتولى بالتنظيم الهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية، من حيث تشكيلها واختصاصاتها ونظم عملها وعلاقاتها فيما بينها .

وقد نشأت المنظمات الدولية وتعددت نتيجة نمو وتنوع العلاقات الدولية وسهولة الاتصال بين الدول . وهذه المنظمات قد تكون منظمات عامة عضويتها متاحة للدول كافة ، وقد تقتصر على بعضها فقط وهي المنظمات الإقليمية .

ومثال المنظمات الدولية هيئة الأمم المتحدة (وتضم الجمعية العامة للأمم المتحدة، ومجلس الأمن الدولي، والمجلس الاقتصادي، والاجتماعي، ومؤسسة الثقافة العالمية، ومحكمة العدل الدولية، وبنك الإنشاء والتعمير).

ومثال المنظمات الإقليمية جامعة الدول العربية ، ومنظمة الدول الأفريقية ، ومجلس التعاون لدول الخليج العربية .

ويعتمد القانون الدولي العام بجميع فروعه التي سبقت الإشارة إليها على العرف بصفة أساسية، وذلك بجانب ما تقرره المعاهدات الجماعية (المعاهدات الشارعة) من أحكام .كما تعتبر مبادئ القانون العامة التي أقرتها الدول المتقدمة أحد مصادر القانون الدولي العام .

الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام :

81- قام جدل ونقاش فقهي حول مدى اعتبار قواعد القانون الدولي العام

(1) مراجع في القانون الدولي العام :
– قانون المنازعات المسلحة الدولية ، حازم عتلم ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت 1994 .

قواعد قانونية بالمعنى الصحيح . فقد أنكر فريق من الشراح الصفة القانونية على القواعد التي ينظمها القانون الدولي العام، استناداً إلى عدم وجود جزاء مادي توقعه سلطة مختصة عند مخالفة هذه القواعد ، فقواعد القانون الدولي العام لا تخص سوى الدول صاحبة السيادة ، ولا توجد سلطة أعلى فوق هذه الدول تملك سلطة الجبر والقسر وتنفيذ القانون .

وعلى الرغم من وجاهة هذا النقد فإنه يضعف كثيراً إذا ما راعينا أن القانون الدولي العام قانون حديث النشأة، ومازال في طور النمو والتكوين ، ولذلك نجد أن فكرة الجزاء والإلزام بالنسبة لقواعده في تطور مستمر حتى إننا نجد أن هناك شعوراً لدى الدول يتقدم باطراد نحو التقيد بقواعد القانون الدولي . ومع ذلك فقد ظهرت اتجاهات وآراء لتدعيم احترام هذه القواعد ، ويظهر ذلك من خلال أنشطة المنظمات الدولية العديدة التي تعمل في سبيل إقرار الأمن والسلام الدوليين ، ووصلت إلى حد إنشاء قوات مسلحة لإجبار الدول على احترام قواعد القانون الدولي .

هذا بجانب أن العبرة في الصفة القانونية للقاعدة ليس بالجزاء في حد ذاته وإنما بالالتزام والتقيد بها .

تعقيب

82- نعتقد أن إدراج القانون الدولي العام ضمن فروع القانون العام محل نظر، فهذا القانون يتضمن مجموعة من القواعد ذات نظام خاص وطبيعة مستقلة عن القانون الداخلي للدول المختلفة ، ويظهر ذلك بصفة خاصة من حيث أطراف العلاقات التي يحكمها، وهي الدول المتساوية ذات السيادة ، وبذلك لا يظهر دور السلطة في هذه العلاقات ، هذا بالإضافة إلى أن العلاقات والمسائل التي ينظمها هي مسائل دولية بحتة وليست داخلية ، لهذا نرى أن القانون الدولي العام يبعد عن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص ، وقد عرفنا أن معيار هذا التقسيم هو ظهور الدولة

باعتبارها صاحبة سلطة عليا ، وهذا لا يتحقق بالنسبة للقانون الدولي العام .

لذلك نجد الشراح يطلقون على هذا القانون تسمية القانون العام الخارجي ، بالمقابلة للقوانين السابق دراستها، والتي تعد فروعاً للقانون العام الداخلي .

الباب الثانى

مصادر القـانـون

الباب الثانى

مصادر القانون

تمهيد في المقصود بمصادر القانون :

83 – يقصد بمصادر القانون في معناها العام المنابع التى يستقي منها القانون قواعده القانونية ، فهى تعني مورد القواعد القانونية ومعينها ، ووفقاً لتحديدنا للمقصود بالمنبع وطبيعته ، وما إذا كان منبعاً مادياً أو منبعاً شكلياً أو منبعاً رسمياً أو غير ذلك تتنوع مصادر القانون ، فهناك المصادر المادية ، والمصادر الشكلية ، والمصادر الرسمية ، والمصادر التفسيرية ، وأخيراً المصادر التاريخية.

ونوضح فيما يأتى المقصود بكل مصدر من هذه المصادر.

أولاً – المصادر المادية :

84 – المقصود بالمصادر المادية للقانون العوامل والمعطيات المختلفة التى تشكل مادته الأولية ، أى القواعد القانونية المكونة له.

وقد سبق أن أوضحنا أن القواعد القانونية التى تنظم مجتمعاً معيناً هي وليدة هذا المجتمع وتعبيرعن حاجاته لضبط أنشطته، وإقرار النظام فيه ، فهى تنبع من المجتمع نفسه نتيجة تفاعل العوامل والمعطيات المختلفة التى تسوده من اجتماعية وثقافيةواقتصادية ودينية ومثالية وتاريخية وغيرها ، هذه العوامل المختلفة هى التي تفرز مادة القواعد القانونية وجوهرها ، أي : مضمونها ، فهى المصدر المادي أو الموضوعي للقواعد القانونية.

هذه المصادر المادية أو الموضوعية للقواعد القانونية ، وبالأحرى لمادة القواعد القانونية ، سنقوم بدراستها لاحقاً عند دراسة تأصيل القانون ، ونكتفى هنا بالاشارة إلى أن هذه المصادر المادية للقواعد القانونية يقف دورها

عند افراز واظهار حاجة المجتمع إلى قواعد معينة تضبط أنشطته، وترشّد سلوك أفراده ، فهي تؤثر في نشأة وتكوين القانون ، ولكنها لاتمدنا بقواعد قانونية واضحة ومحددة الصياغة ، كما أنها لاتكسب المادة التى تمليها صفة الإلزام.

ثانياً – المصادر الشكلية :

85 – يقصد بالمصدر الشكلى للقانون القالب أو الشكل الذي تظهر فيه المادة الأولية للقانون ، أي قواعده التي تفرزها مصادره المادية.

ومصادر القانون بهذا المعنى تقتصر على الإشارة إلى أصل القانون وجوهره ، أي قواعده القانونية ، من حيث الشكل ، وليس من حيث الموضوع ، فهى تبين فقط أن هذه القواعد قد ظهرت عرفاً ، أو سُنّت تشريعاً ، أو تقررت قضاءً ، أو أدلي بها فقهاً.

فالقواعد التي تفرز المصادر المادية الحاجة إليها تظل مجرد أفكار جوفاء تحتاج إلى التحديد والوضوح لتأخذ شكل القواعد القانونية ، وذلك يستوجب إفراغها في قالب أو شكل معين. هذا الشكل الذى تظهر فيه مادة القاعدة القانونية هو ما يطلق عليه المصدر الشكلي الذي يمكن بمقتضاه التعرف على القاعدة القانونية ومضمونها.

ولاشك أن هناك ترابطاً تاماً بين المصادر المادية والمصادر الشكلية للقواعد القانونية ، فالقواعد التي تفرزها المصادر المادية تظل غير معلومة وغير واضحة المعالم مالم تظهر في شكل معين ، وكذلك الشكل الذي تظهر عليه قواعد القانون لايأتي إلا بعد إفرازها وتكوينها مادياً أو موضوعياً.

وتتفق المصادر الشكلية مع المصادر المادية للقانون في أن كلاً منها لايمدنا بقواعد قانونية ملزمة قابلة للتطبيق ، وإنما تمدنا فقط بقواعد

سلوك اجتماعى ، لاتصبح قواعد قانونية ملزمة إلا بتدخل المجتمع وإضفاء الصفة الملزمة عليها ، عندئذ تصبح المصادر الشكلية مصادر رسمية ملزمة تقرر قواعد قانونية ملزمة واجبة التطبيق ، فإن لم يقرها المجتمع فإنها تقف عند حد كونها مصادر تفسيرية أو استئناسية غير ملزمة ، من هنا فإن المصادر الشكلية يمكن تصنيفها إلى مصادر رسمية ومصادر تفسيرية (1).

ثالثاً – المصادر الرسمية :

86 ـ المصادر الرسمية للقانون هي المصادر المعتمدة من مصادره الشكلية ، أي المصادر التي أقرها المجتمع لتمده بقواعد قانونية ملزمة واجبة الاحترام والتطبيق.

فالمصادر الشكلية للقانون ، كما أوضحنا سلفاً ، لاتكفي لمد المجتمع بقواعد قانونية ملزمة ، وإنما تقتصر على تقديم قواعد سلوك اجتماعى تصلح بإقرارها واعتمادها لأن تكون قواعده قانونية ملزمة ، لذلك يتدخل المجتمع ممثلاً فى سلطاته المختصة ، لتحديد ماتراه ملائماً من المصادر الشكلية لتزويد المجتمع بقواعد قانونية ملزمة تقيم نظامه، وتحقق خيره ، وبذلك تتحول هذه المصادر من مصادر شكلية غير ملزمة إلى مصادر رسمية ملزمة. فالمصادر الرسمية للقانون ماهى إلا طرق ووسائل يعبر بها المجتمع عن إرادته في الخضوع للقواعد القانونية التى تتضمنها هذه المصادر.

---

(1) وقد تؤخذ المصادر الشكلية في معنى ضيق ، وعندئذ تقتصر على المصادر الرسمية فقط للقانون ، فيتحد بذلك المصدر الشكلى مع المصدر الرسمى ، ويكون المقصود بكل منها الشكل الذى تمر به القاعدة القانونية فتكتسب صفة الالزام ، وتصبح إحدى قواعد القانون الوضعى واجبة التطبيق فى المجتمع.
راجع : منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى أصول القانون ص 56 ، وانظر محمد الألفى وإبراهيم أبو الليل ، مرجع تقدم ذكره ص 69 فقرة رقم 107.

والمصادر الرسمية للقانون تختلف باختلاف الأزمنة والمجتمعات ، فقد كان العرف يحتل المكانة الأولى من مصادر القانون فى الأزمنة القديمة ، ثم ظهر التشريع فانتزع منه هذه الصدارة ، كما اعتبرت أحكام الأديان السماوية مصدراً رسمياً للقانون فى بعض الأنظمة القانونية.

وتتميز المصادر الرسمية للقانون بأنها مصادر مباشرة؛ لأنها – بما لها من قوة ملزمة رسمياً – تمد القاضي مباشرة بالقواعد القانونية التي يحكم بمقتضاها.

رابعاً – المصادر التفسيرية :

87 – المصادر التفسيرية هي التي يقتصر دورها على تفسير وإيضاح ماجاء بالمصادر الرسمية من أحكام ، فهي تقتصر على التفسير والإيحاء أو الاقناع ، وليس لها صفة إسباغ القوة الملزمة على ماتمليه من قواعد فهى مصادر غير ملزمة للقاضى، وإن كان يجدر أن نشير إلى أنه من الناحية العملية كثيراً مايتسع التفسير ليمتد إلى خلق وإنشاء القواعد القانونية ، كما سنرى عند دراسة أحكام القضاء باعتباره مصدراً من مصادر القانون.

ونظراً لأن المصادر التفسيرية تعجز عن أن تسعف القاضي بالقواعد القانونية الملزمة، ويقتصر دورها على التأثير فى المصادر الرسمية المباشرة ، لذلك فهى مصادر غير مباشرة تقوم بدور ثانوي في تقديم القاعدة القانونية.

وتتمثل المصادر التفسيرية للقانون في مصادره الشكلية التى لايعتمدها المجتمع مصادر رسمية للقانون، فتظل ماتتضمنه من قواعد سلوك اجتماعى غير ملزمة ، وهى بذلك ، وإن كانت لاترقى إلى مصاف القواعد القانونية الملزمة ، فإنها تظل قواعد استئناسية أو تفسيرية يمكن

اللجوء إليها فى هذه الحدود فقط.

ويأتى فى مقدمة المصادر التفسيرية للقانون آراء الفقهاء وأحكام المحاكم، وذلك على تفصيل سنتعرض له لاحقاً.

خامساً - المصادر التاريخية :

88 - يقصد بالمصدر التاريخي الأصل الذي استقى منه القانون الوضعي أحكامه كلها أو بعضها.

فالمصدر التاريخى يشير إلى الظروف التاريخية التي تكوّنَ القانون من خلالها، باعتبار أن قواعد القانون ولكونها قواعد سلوك اجتماعي ترتبط دائماً بالمجتمع وتنشأ عن حاجاته، لذلك فلا حرج فى أن يتبنى المجتمع ماثبتت صلاحيته من قواعد كانت تحكمه فى عصور ماضية، ولا حرج أيضاً أن يتلقى ماثبتت صلاحيته في مجتمعات أخرى تماثلت ظروفها مع الظروف السائدة به.

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية تعد فى الكثير من أحكامها مصدراً تاريخياً للعديد من التشريعات العربية والإسلامية [1].

موقف القانون الكويتى من مصادر القانون:

89 - بعد التمهيد السابق في بيان المصادر المختلفة للقانون، ننتقل إلى بيان موقف القانون المدني الكويتي من هذه المصادر، فنبدأ بعرض المصادر التى ذكرتها المادة الأولى من القانون المذكور بعد تعديلها، وهي المصادر الرسمية المعتمدة، وذلك في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فنخصصه للمصادر غير المعتمدة أو غير الرسمية بصفة عامة، وهي المعروفة

(1) وقد استقى المشرع الكويتى العديد من قواعد القانون المدني من أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها الحنيف، من ذلك: المادة (227/2) الخاصة بالمسئولية المدنية لعديم التمييز عما يحدثه من أضرار بالغير، والمادتان (255)، (256) اللتان تنظمان ضمان مباشر الضرر الواقع على النفس، وضمان الدولة لهذا الأذى الذي يتم عن طريق المباشرة.

بالمصادر التفسيرية ، التي يمكن اللجوء اليها لمجرد الاستئناس والتفسير.

بذلك تتناول دراستنا لمصادر القانون الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : المصادر الرسمية.

الفصل الثانى : المصادر التفسيرية.

الفصل الأول

المصـادر الـرسميـة

الفصل الأول

المصادر الرسمية

تعداد المصادر :

90 – حددت المادة الأولى من القانون المدني الكويتي ، عند صدوره، المصادر التي يتقيد بها القاضي بنصها على أنه :

« 1 – تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.

2 – فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف ، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ».

غير أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة تم تعديلها بناء على اقتراح تقدمت به «اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية»، وأصبح نصها كالآتي : « فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف».

وكما يتضح عدل النص الجديد في ترتيب مصادر القانون المدني بتقديم أحكام الفقه الاسلامي على العرف [1] ، مع إعادة

---

(1) وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للاقتراح المشار إليه بالمتن أن تقديم أحكام الفقه الاسلامي على العرف لكي تصبح هذه الأحكام مصدراً أساسياً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً...، وهذا الاتجاه هو الذي سارت عليه عدة تشريعات مقارنة، منها المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة ، والمادة 88 من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد ، والمادة الثانية من القانون الأردني ، وكذلك القانون السوري والليبي والسوداني ، والعرف المعتبر هنا هو ذاك الذي لايخالف النظام العام أو حسن الآداب ، وبمعنى آخر فإنه لايمكن أن يعتبر عرفاً كل مايخالف أصلاً من أصول الاسلام أو حكماً من أحكامه الأساسية الثابتة».

صياغة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بما يجعله مصدراً رسمياً ملزماً للقاضي يتعين عليه الرجوع إليه في حالة انعدام النص التشريعي. بذلك التعديل تصبح المصادر الرسمية المعتمدة للقانون المدني ثلاثة مصادر هي :

1 - التشريع : المصدر الرسمي الأول.

2 - أحكام الفقه الإسلامي : المصدر الرسمي الثاني.

3- العرف : المصدر الرسمي الثالث.

نبدأ اذن في شرح المصادر الثلاثة ، وفقاً للترتيب الذي قررته المادة الأولى من القانون المدني بنصها الحالي ، كل منها في مبحث خاص ، فنجعل المبحث الأول للتشريع ، والمبحث الثاني للفقه الإسلامي ، والمبحث الثالث للعرف.

المبحث الأول

التشريـــع

تقسيــم :

91 – جـعلت المادة الأولى من القـانون المدني الكويتي من التـشـريع المصـدر الرسـمي الأول الذي يتـعين على القـاضـي اللجـوء إليـه عند فـصلـه في المنازعـات المعـروضـه عليـه، بحـيث إذا وجـد نص تشـريعي يتـضـمن في منطوقه أو في مفهومه حلاً للنزاع وجب عليه التقيد به وإعمال حكمه ، ولا يلجأ إلى غيره من المصادر إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي.

ونبدأ دراسـتنا للتشريع بتعريفه، وبيان خصـائصه ومزاياه وعيوبه ، ثم نوضح كيفية سن القواعد التشريعية بالتعرض لإجراءات التشريع ، والصـياغـة التـشـريعيـة، ثم ننتقل إلى دراسـة تدوين وتقنين القـوانين ، وننتـهي بدراسـة تدرج التـشـريعـات. وهكذا تتناول دراسـتنا للتـشـريع ، باعتباره مصدراً للقواعد القانونية ، أربعة موضـوعات نخصص لكل منها مطلباً مستقلاً ، وذلك على الوجه الآتي :

المطلب الأول : تعريف التشريع وبيان خصائصه ومزاياه وعيوبه.

المطلب الثاني : إجراءات التشريع .

المطلب الثالث : الصياغة التشريعية .

المطلب الرابع : تجميع القواعد القانونية أوالتقنين .

المطلب الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه ومزاياه وعيوبه

موضوعات الدراسـة:

92 – تتناول دراستنا لهذا المطلب الموضوعات الآتية :

أولاً : المقصود بالتشريع.

ثانياً : خصائص القواعد التشريعية.

ثالثاً : مزايا التشريع.

رابعاً : عيوب التشريع.

خامساً : رجحان مزايا التشريع على عيوبه.

سادساً : أهمية التشريع باعتباره مصدراً للقواعد القانونية.

أولاً– المقصـود بالتشريع :

93 – يقصد بالتشريع تلك القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطات المختصة في الدولة ، وفقاً للإجراءات المرسومه لها.

فالتشريع بهذا المعنى ينصرف إلى القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية، والتي تتميز بكونها قواعد مكتوبة.

غير أن لفظة التشريع تطلق أيضاً على العمل الذي يتم عن طريقه وضع هذه القواعد التشريعية المكتوبة.

وهكذا يكون للفظة التشريع معنيان ، ينصرف احدهما إلى عمل معين هو وضع أو سن القواعد القانونية ، والذي تضطلع به السلطة التشريعية بحسب الأصل ، وينصرف المعنى الآخر إلى ذات القواعد القانونية

المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية ، و التي تستقل بتعبير التشريع تمييزاً لها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى غير المكتوبة. ونقتصر هنا على التعرض للتشريع بمعنى القواعد القانونية المكتوبة ، أما التشريع بمعنى العملية التشريعية ، أي: سلطة وضع القواعد التشريعية فسنتعرض لها عند دراستنا لإجراءات وضع القواعد التشريعية ، أي: لإجراءات التشريع في المطلب الثاني.

التشريع والقانون :

94 – التشريع ، بمعنى القواعد القانونية المكتوبة أخص من القانون ، فكل تشريع [1] هو قانون ، وليس كل قانون تشريعاً ، فقد يكون للقانون مصدر أخر غير التشريع كالعرف مثلاً ، لذلك فالقانون أعم من التشريع ، يشمل التشريع كما يشمل غيره من مصادر القاعدة القانونية ، أما التشريع فهو أحد أنواع أو مصادر القانون يتميز بأن قواعده سنت كتابة عن طريق السلطة المختصة بذلك ، أي: بالتشريع .

ويعد التشريع في الوقت الحالي أهم مصادر القاعدة القانونية ، على الرغم من ظهوره لاحقاً على ظهور القواعد العرفية غير المكتوبة ، فقد ظهرت القواعد القانونية في بدء الخليقة على شكل عادات وأعراف تواتر الأفراد على اتباعها والعمل بمقتضاها إلى أن أكتسبت صفة الإلزام نتيجة لشعورهم وإيمانهم بضرورة اتباعها نبراساً لحياتهم، ومنظماً لعلاقاتهم ومعاملاتهم.

وفي مرحلة متقدمة ، حيث شعرت الجماعة بضرورة التنظيم وضبط القواعد العرفية وتسجيلها كتابة ، ظهر التشريع ، سواء بالاقتصار على

(1) ويسمى التشريع بالإنجليزية وكذلك بالفرنسية " legislation"، وباللاتينية "Lex latum" وكلمة "Lex" تعني قانون ، أما كلمة " latum" فتعني الوضعي أو الموضوع ، فيكون المقصود بالتشريع القانون الموضوع أو الوضعي ، وهو المعنى نفسه الذي يستفاد من اللفظة العربية « تشريع»، وهو وضع أو سن القواعد القانونية.

صياغة ما وجد في المجتمع من قواعد عرفية ، أو بوضع قواعد قانونية جديدة مستحدثه لمواجهة تطورات المجتمع.

وبظهور التشريع احتل مكان الصدارة بالنسبة لباقي مصادر القانون في غالبية الدول ، فالتشريع يعد في الوقت الحالي المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في معظم الأنظمة.

95 – وعلى الرغم من أن التشريع ، بمعنى القواعد القانونية المكتوبة ، مجرد مصدر من مصادر القاعدة القانونية ، فإن الدارج التعبير عنه بلفظة «قانون» أو «القانون» فيقال مثلاً قانون العمل، أو القانون المدني، أو القانون التجاري ، حين يكون المقصود تشريع العمل أو التشريع المدني، أو التشريع التجاري [1].

والواقع أن لفظة التشريع هي الأدق للتعبير عن القواعد القانونية المكتوبة؛ لكونها تميز بينه وبين باقي الأعمال الأخرى التي تصدر عن السلطة التشريعية، ولاتتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية من حيث العموم والتجريد، فلا تكون قانوناً ، ومع ذلك تطلق عليها عملاً تسمية قانون [2].

وهكذا تكون لكلمة تشريع ميزتان : الميزة الأولى: توضيح أن المقصود القواعد القانونية المكتوبة ، والميزة الثانية: بيان أن المقصود ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد قانونية دون غيرها من القرارات التي تصدرها السلطة التشريعية، ولاتكون قواعد قانونية، وإنما مجرد أعمال

(1) فكلمة « قانون يقصد بها عندئذ التشريع العادي ، ومع ذلك فقد تستخدم هذه الكلمة في معنى أكثر إتساعاً لتشمل جميع القواعد القانونية المكتوبة من قواعد دستورية وقواعد عادية وقواعد فرعية ، ويظهر ذلك المعنى عندما يقال ـ مثلاً ـ جميع القوانين التي سنت ، في بلد ما ، تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية. بل ويمكن أن تستعمل كلمة قانون للتعبير عن جميع القواعد القانونية ، مكتوبة ـ أي تشريعية ـ وغير مكتوبة ، وهذا ما يفهم من قولنا مثلاً : يجب احترام قواعد القانون.

(2) هذا بالاضافة إلى أن تسمية التشريع هي التي تميز بين القواعد القانونية المكتوبة وغيرها من القواعد القانونية غير المكتوبة ، أي القواعد العرفية ، وذلك على الوجه الذي وضحناه بالمتن.

برلمانية كما سنرى لاحقاً.

إيجازاً لما سبق فان لفظة التشريع هي التي تميز بينه وبين القواعد القانونية الاخرى غير المكتوبة أو غير التشريعية، كما أنها تميز التشريع باعتباره قانوناً عن غيره من أعمال البرلمان غير التشريعية.

ثانياً – خصائص القواعد التشريعية:

96 – تتميز القواعد القانونية التشريعية، بالاضافة إلى كونها قواعد قانونية، بانها قواعد مكتوبة، وبكونها تصدر عن سلطة عامة.

(أ) ـ القواعد التشريعية قواعد قانونية :

97 – تتميز القواعد التي تضعها التشريعات بأنها قواعد قانونية نظراً لما تتصف به هذه القواعد من تجريد في وضعها وصياغتها وعموم في تطبيقها، فهي توضع بصفة مجردة محايدة لايُقْصَد بها شخص معين بنفسه، ولا واقعة بنفسها، لذلك فهي تطبق على كل من تتوافر فيهم شروط إعمالها.

وصفة التجريد والعموم هذه هي التي تميز التشريع، باعتباره يتضمن قواعد قانونية مكتوبة، عن غيره من الأعمال والقرارات البرلمانية غير التشريعية التي لاتتضمن قواعد قانونية، والتي تصدرها السلطة التشريعية ولو اتبعت بشأنها الإجراءات نفسها التي تتبعها بصدد وضع التشريعات.

ومن أمثلة الأعمال غير التشريعية التي تصدر من السلطة التشريعية موافقتها على قرض عقدته الحكومه[1]، أو على معاش استثنائي تقديراً لخدمات شخص معين، أو على منح حق امتياز أو احتكار[2]، فهذه

(1) انظر المادة (136) من الدستور الكويتي التي تنص على أن : «عقد القروض العامة يكون بقانون».

(2) راجع المادة (153) من دستور الكويت التي تنص على أن : «كل احتكار لايمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود».

=

الأعمال لاتعد ، على الرغم من صدورها من السلطة التشريعية ، تشريعات بالمعنى الدقيق؛ لأن التشريع يتميز بتضمنه قواعد قانونية مجردة عامة التطبيق بالمعنى السابق إيضاحه ، وهذا لايتحقق في هذه الأعمال ، التي لاتخرج عن كونها أعمالاً إدارية تنفيذية [1].

وهكذا يتعين أن يستبعد من مفهوم التشريع الأعمال أو القرارات ذات الصبغة الادارية أو التنفيذية التي تصدر عن السلطة التشريعية ولاتتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة ، فهذه الأعمال، وإن أطلق عليها لفظة قانون، فلا يكون المقصود بذلك القانون بمعناه الفني ، أي: مجموعة القواعد العامة المجردة ، وإنما يكون لكلمة قانون هنا معنى خاص ، يختلف عن المعنى الفني الدقيق الذي سبق أن أوضحناه ، ينصرف إلى القرارات التي تصدرها السلطة التشريعية بالطريقة نفسها التي تضع بها التشريعات دون أن تكون تشريعات بالمعنى الدقيق، لعدم تضمنها قواعد قانونية [2].

= وفي المعنى نفسه تنص المادة (152) من دستور الكويت على أن : «كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لايكون إلا بقانون ولزمن محدود».

(1) وللتمييز بين هذه الاعمال التي تطلق عليها تسمية القانون وبين القانون بالمعنى الدقيق ، أي التشريع ، تسمى هذه الأعمال قانوناً من الناحية الشكلية فقط ، أما التشريع فهو قانون من الناحية الموضوعية لتضمنه قواعد عامة ومجردة ، فإذا صدر التشريع من السلطة التشريعية فإنه يكون قانوناً من الناحيتين الموضوعية والشكلية معاً.

(2) فيكون معنى القانون هنا أخص من معناه الفني الدقيق. ويطلق البعض على هذه الأعمال تشريعات بالمعنى الشكلي لصدورها من السلطة التشريعية ، بينما يطلق على القواعد القانونية المكتوبة تشريعات بالمعنى الموضوعي أو المادي لتضمنها قواعد قانونية مجردة وعامة. انظر ريبير وبولانجيه ، ج (1) ، فقرة رقم 198 – مارتي ورينو ، جـ(1) رقم (78) ، بينما يستخدم بعض آخر من الفقهاء التشريع بالمعنى الشكلي والتشريع بالمعني الموضوعي في معنى آخر حيث يميز بين التشريع الشكلي ، وهو الذي تضعه السلطة التشريعية ، والتشريع الموضوعي أو المادي ، وهو الذي تضعه السلطة التنفيذية دون أن تتبع بشأنه الإجراءات التي تتبعها السلطة التشريعية.
راجع في هذه التفرقة عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ـ1ـ القانون ، ص 379 .

(ب) – القواعد التشريعية قواعد قانونية مكتوبة :

98 – تتميز القواعد القانونية التشريعية بأنها قواعد مكتوبة، بمعنى أنها تنشأ أو توضع كتابة [1]، وهذا يضفي عليها قدراً كبيراً من التحديد والوضوح ، على الوجه الذي سنوضحه تفصيلاً عند التعرض لمزايا التشريع.

(ج) – القواعد التشريعية تضعها سلطة عامة مختصة وفقاً لإجراءات محددة :

99 – تتميز القواعد القانونية التشريعية بأن وضعها يتم بمعرفة سلطة عامة مختصة، هي السلطة التشريعية ، التي تقوم بتحديد مضمون هذه القواعد من فرض وحكم ، إضافة إلى تزويدها بالصفة الملزمة التي تجعلها قانوناً ملزماً واجب الاحترام.

وعند قيام السلطة التشريعية بوضع القواعد القانونية التشريعية فهي تتقيد بالاجراءات والقيود المرسومة لها، والتي يحددها الدستور.

وإذا كانت السلطة التشريعية هي التي تضطلع ، بحسب الأصل ، بوضع القواعد التشريعية ، فإن ذلك لايحول دون مشاركة السلطة التنفيذية لها في تلك المهمة ، بل قد تستقل السلطة التنفيذية في حالات معينة بوضع القواعد القانونية التشريعية ، وذلك على الوجه الذي سنوضحه لاحقاً.

ويعد وضع القواعد القانونية عن طريق التشريع من أهم مظاهر السلطة العامة في العصر الحالي.

---

(1) والعبرة في اعتبار القواعد القانونية مكتوبة أو غير مكتوبة هو بميلادها أو مصدرها ، فالقواعد العرفية قواعد غير مكتوبة، وتظل كذلك حتى لو تم تدوينها كتابة ، كذلك السوابق القضائية في الأنظمة الأنجلو أمريكيه لاتعد قواعد تشريعية على الرغم من كونها تصاغ في كلمات مكتوبة.
لذلك يفضل البعض تسمية القواعد التشريعية بالقواعد المسنونة إمعاناً في إيضاح جوهرها وحقيقتها ، راجع في ذلك جودبي ، مقدمة لدراسة القانون ص 151 .

ثالثاً – مزايا التشريع :

100 – للتشريع باعتباره مصدراً من مصادر القواعد القانونية عدة مزايا يأتي في مقدمتها الآتي :

(أ) – يؤدي التشريع إلى استقرار المعاملات في المجتمع : فالقواعد التشريعية توضع في صياغة مكتوبة بعد مزيد من البحث والدراسة فتأتي هذه القواعد في صياغة منضبطة محكمة ، وفي عبارات واضحة محددة من السهل إثباتها وتحديد مضمونها، وهذا يؤدي إلى استقرار المعاملات؛ لقيامها على أسس واضحة ومحددة سلفاً.

(ب) – يتميز التشريع بأنه أكثر استجابة لفرض القواعد القانونية الآمرة اللازمة للمحافظة على كيان المجتمع ومصالحه الأساسية.

(ج) – يعد التشريع وسيلة ميسورة لتطوير الأنظمة القانونية في المجتمع واختيار أفضل القواعد القانونية التي تنظمه؛ إذ تمكن سرعة وسهولة وضع القواعد التشريعية من مواكبة التطورات الاجتماعية وغيرها من المظاهر الحياتية، وما تستوجبه من أنظمة حديثة لتلبية حاجات المجتمع وتطويره ودفع عجلة تقدمه.

(د) – للتشريع دور لا يجحد في تحقيق الوحدة القانونية في الدولة لما يتميز به من عموم تطبيقه على سائر اقليم الدولة ، وفي ذلك دعم للوحدة الوطنية والسياسية، اضافة إلى تسهيل التعامل بين أفراد المجتمع لقيامه على قواعد واحدة[1].

رابعاً – عيوب التشريع :

101– نُسِبَ إلى التشريع ، باعتباره مصدراً للقواعد القانونية المكتوبة ، بعض العيوب نشير إلى أهمها في الآتي :

---

(1) ويترتب على وحدة القانون تحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع أمام القانون ، وهذا أمر يشيع الأمن والاستقرار الداخلي.

(أ) – قد يتم التسرع في وضع قواعده فتصاغ هذه القواعد صياغة نظرية لا تحسم ولا تكفي لحل المنازعات التي تنشأ في المجتمع ، وقد تأتي هذه القواعد متعارضة مع غيرها من القواعد التشريعية ، او تأتي معيبة لاتحقق الغرض منها.

(ب) – قد يقوم القائمون على سلطة التشريع بمحاكاة بعض الانظمة الأخرى، فتأتي قواعد التشريع غير ملائمه لظروف المجتمع والواقع العملي لمنازعاته ، فما يصلح من قواعد لتنظيم مجتمع معين قد لايصلح لمجتمع آخر.

(ج) – كثيراً ما يضطر المشرع تفاديا للعيبين السابقين إلى التدخل والاسراع في تعديل التشريعات مرة ومرات متوالية ، فتكثر التشريعات وتتعدد بما يخل بالاستقرار والثبات الذي تتطلبه المعاملات ، وقد يؤدي ذلك إلى فقدان الثقة في القواعد التشريعية .

(د) – قد تؤدي الصياغة المكتوبة للقواعد التشريعية إلى جمود هذه القواعد وافتقارها إلى المرونة اللازمة والحد من السلطة التقديرية للقاضي التي كثيراً ما يحتاج اليها لتحقيق العدالة الاجتماعية.

خامساً – رجحان مزايا التشريع على عيوبه :

102 – على الرغم من العيوب السابقة التي نسبت إلى التشريع فهو يعد بسبب مزاياه المتعددة أهم مصادر القانون ، ذلك أن العيوب التي نسبت إلى التشريع لا تمسه في ذاته ، أي: باعتباره مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة التشريعية ، وإنما تخص من يوكل اليهم سلطة التشريع[1] .

(1) يرجع بعض الفقهاء عيوب التشريع إلى تصدي غير الأكفاء لعملية إعداده وتغلب العناصر غير القانونية على المجالس النيابة ، إضافة إلى اسراف المشرع في الاهتمام بالإعتبارات السياسية والاجتماعية على حساب مقتضيات التشريع وأصول الفن القانوني السليمَ في الإعداد والصياغة. راجع في المزيد من التفاصيل جلال إبراهيم وحسام لطفي : نظرية القانون 94/ 1995 ص 150 .

ومع ذلك فإن هذه العيوب نظرية بحتة ، فإلى جانب ما يتصف به من يوكل إليهم مهمة التشريع من عقل رشيد وعلم غزير وخبرة عميقة بأصول التشريع تبعدعنهم مظنة التقصير ، فإن سهولة اجراء التعديلات على القواعد التشريعية يمكن معها التدخل في أي وقت لملاءمة القواعد السابق وضعها مع واقع المجتمع وظروفه المتطورة عن طريق إجراء ما يلزم من تعديلات. هذا بالإضافة إلى أن عملية التشريع أصبحت لا تتم في الوقت الحالي إلابعد المزيد من البحث والدراسة من المتخصصين والاستعانة بالخبراء ، ليس فقط في أصول التشريع وإنما أيضاً في المسائل التي يصدر التشريع بشأنها، فقد أصبحت عملية سن القواعد القانونية تشريعياً تقوم على أسس علمية مدروسة مزودة بما تحتاجها من بيانات وإحصائيات ودراسات علمية دقيقة متخصصة [1].

سادساً – أهمية التشريع باعتباره مصدراً للقواعد القانونية :

103– للمزايا السابق ذكرها أصبح للتشريع في الوقت الحالي اهمية تظهر من اكثر من وجه ، وبصفة خاصة من اعتباره المصدر الاصلي للقواعد القانونية ،كما انه مصدر عام لهذه القواعد.

(أ) – فالتشريع يعد المصدر الأصلي في غالبية الأنظمة القانونية ، وهي التي تنص على وجوب لجوء القاضي أولاً إلى النصوص التشريعية ولا يلجأ إلى غيرها من مصادر القانون إلا في حالة عدم وجودها.

من هنا احتل التشريع الصدارة بالنسبة لباقي مصادر القانون ، التي تعد بالنسبة له مصادر احتياطية لايتم اللجوءاليها إلا في حالة عدم وجوده ، أو بإحالة منه.

وقد جعلت المادة الأولى من القانون المدني الكويتي التشريع

---

(١) والواقع أن القائمين بالتشريع لايقومون بخلق قواعده، وإنما يستخلصوا هذه القواعد من حاجات المجتمع وظروفه في إطار مايبتغون تحقيقه من تقدمه و الارتقاء به.

المصـدر الرسـمي الأول الذي يلتـزم بـه القـضـاء في فـصله في المنازعات التي تعرض عليه.

(ب) – ويعتبر التشريع مصدراً عاماً للقواعد القانونية يمكن بوساطته تنظيم كل المسائل وجميع فروع القانون.

(ج) – وللقواعد التشريعية العديد من المزايا التي تظهر إذا ما قورنت بغيرها من مصادر القانون الأخرى، بصفة خاصة العرف، وذلك على الوجه الذي سنوضحه لاحقاً.

المطلب الثاني

إجراءات التشريع

« سن القواعد التشريعية»

تمهيد :

104 – تختلف إجراءات وضع التشريع باختلاف التشريعات ذاتها ، ولما كانت التشريعات تنقسم إلى ثلاثة أنواع هي : التشريع الأساسي أو الدستور، والتشريع العادي ، والتشريع الفرعي ، فنعرض للإجراءات الخاصة بكل نوع من هذه التشريعات على حدة ، بادئين بإجراءات التشريع الدستوري، ثم نعقب ذلك بالتشريع العادي ، فالتشريع الفرعي.

ونجعل لكل منها مطلباً خاصاً.

البند الأول

إجراءات التشريع الدستوري

105 – التشريع الدستوري أو الدستور ، هو التشريع الأعلى الذي تتقيد بأحكامه جميع التشريعات الأخرى في الدولة ، كما تتقيد به سلطاتها المختلفة.

وتختلف الإجراءات التشريعية للدستور بحسب ما إذا كان المطلوب وضع دستور كامل [1]، أو مجرد تنقيح دستور موجود وقائم بالفعل ، باجراء التعديل على بعض نصوصه بالإضافة أو بالحذف أو بالتغيير. نتعرض إذن لإجراءات وضع الدستور أولاً ، ثم لإجراءات تنقيحه ثانياً.

أولاً – إجراءات وضع الدستور:

106 – لاتوجد طريقة واحدة يتعين إتباعها لسن التشريعات الدستورية ابتداء ، وإنما يتوقف ذلك على الظروف الاجتماعية والسياسية الملابسة التي دفعت إلى وضعه. ومع ذلك يمكن من دراسة الدساتير المختلفة استخلاص أربع طرق رئيسية سادت وضع هذه الدساتير ، نشير إليها بإيجاز في الآتي :

(أ) – المنحة "L'octroi" :

107 – يتم وضع الدستور عن طريق المنحة إذا تم ذلك بمبادرة فردية من الحاكم الذي يجمع تحت يده سلطات الحكم، فيصدر قراراً يتنازل بمقتضاه عن بعض سلطاته إلى الشعب ،ومع طريقة المنحة ينفرد الحاكم بوضع الدستور دون مشاركة من الشعب.

---

(1) وعندئذ يستوي أن نكون بصدد وضع دستور جديد لأول مرة ، أو بصدد استبدال دستور جديد بدستور قائم.

ووضع الدستور عن طريق المنحة يفترض أن تنصرف إرادة الحاكم إلى ذلك طواعية واختياراً ، دون ضغط أو إكراه ، غير أن التاريخ يثبت عكس ذلك ، فالغالب أن يلجأ الحاكم إلى وضع الدستور مضطراً تحت ضغط فئات الشعب ومطالبته بالدستور ، وخير دليل على ذلك الدستور المصري الذي صدر عام 1923 [1].

(ب) ـ الاتفاق "Le Pact" :

108 – مع هذه الطريقة لايستقل الحاكم بوضع الدستور، وإنما يتم ذلك بالاتفاق والتفاهم بينه وبين الشعب ، وتتم هذه الطريقة عملاً عن طريق انتخاب الشعب لهيئة أو جمعية تمثله في وضع نصوص الدستور ، تسمى عادة جمعية تأسيسية أو مجلساً تأسيساً ، وبإعدادها لمشروع الدستور لايصبح نافذاً إلا بعد موافقة الحاكم والتصديق عليه.

ومن أمثلة الدساتير التي وضعت بالاتفاق والتفاهم بين الحاكم والشعب الدستور الكويتي الصادر في 11 نوفمبر 1962[2].

(جـ) – الجمعية التأسيسية "Assemblée constituante" :

109 – يتم وضع الدستور عن طريق الجمعية التأسيسية عندما تنفرد هذه الجمعية ، والتي ينتخبها الشعب لهذه المهمه خصيصاً ، بوضع نصوص الدستور ، دون مشاركة من الحاكم ، ولامن الشعب نفسه ، الذي يكون

---

(1) ومن الدساتير التي وضعت عن طريق المنحه أيضاً : الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة الذي صدر عام 1971 ، والدستور القطري المعدل لعام 1972 . راجع لمزيد من التفاصيل، عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت – دراسة مقارنة ص 99 وبعدها، وكذلك رسالته للدكتوراه ، النظام الاتحادي في الإمارات العربية ، دراسة مقارنة ، مطبعة القاهرة الجديدة ، 1978 صفحات : 66 ، 82 ، 83 .

(2) فقدانتخب الشعب الكويتي مجلساً تأسيسياً قام بوضع مشروع للوثيقة الدستورية وافق عليها وصدقها الأمير الراحل عبدالله السالم الصباح ، وأصدرها عام 1962 .

راجع في المزيد من التفاصيل في طريقة وضع الدستور الكويتي وفي الخلاف الذي أثير في هذا الصدد : عثمان عبد الملك الصالح ، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الكويت 1989 ، ص 202 وبعدها. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت ، دراسة مقارنة ، ص 335 وبعدها.

قد فوضها في هذه المهمة [1]. ومع هذه الطريقة يتم نفاذ الدستور بمجرد وضعه من الجمعية التأسيسية. ومن الدساتير العربية التي وضعت عن طريق الجمعية التأسيسية نذكر الدستور السوري الصادر عام 1950 ، والدستور الليبي الصادر عام 1951 .

(د) – الاستفتاء الشعبي "Le referendum" :

110 – تتمثل هذه الطريقة في وضع مشروع لنصوص الدستور ، ثم يعرض على الشعب لإقراره، والموافقة عليه عن طريق الاستفتاء.

أما مشروع الدستور فيتم وضعه من قبل جمعية تأسيسية منتخبة[2]، أو من قبل لجنة حكومية [3] ، أو عن طريق الحاكم نفسه [4] .

ثانياً - إجراءات تعديل الدستور :

111– يحدد كل دستور عند وضعه طريقة وإجراءات تعديله وتنقيح نصوصه، وتختلف هذه الإجراءات وفقاً لما إذا كان الدستور مرناً أو جامداً.

(أ) – تعديل الدساتير المرنة :

112– تتميز الدساتير المرنة بأن تعديلها يتم بنفس طريقة وإجراءات تعديل التشريعات العادية ، فلا تحتاج لإجراءات خاصة ، لذلك يمكن للتشريع

---

(1) ويرجع أصل وضع الدساتير عن طريق جمعية تأسيسية إلى دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي وضع عام 1787 ، ثم ذاع انتشارها بعد ذلك فوضع عن طريقها دستور فرنسا الصادر عام 1793 ، ثم دستورها الصادر عام 1848 ، وكذلك دستورها الصادر عام 1875، كما اتبعت طريقة الجمعية التأسيسية في وضع الدستور اليوغسلافي الصادر عام 1946 ، والدستور الايطالي الصادر عام 1947 . راجع عادل الطبطبائي ، المرجع السابق ، ص 103 .

(1) ومن أمثلة ذلك الدستور المصري الحالي الصادر في 11 سبتمبر 1971 ، ودستور ايران الإسلامي الصادر عام 1979 ، وكذلك دستور أسبانيا الصادر عام 1978.

(2) ومن أمثلة ذلك الدستور المصري الصادرعام 1965، والدستور الفرنسي الصادرعام 1958 .

(3) وقد يتم وضع مشروع الدستور عن طريق الشعب نفسه ، وإن كان ذلك مقصوراً من الوجهة العملية على تنقيح الدستور، حيث يجيز الدستور ذاته لعدد محدد من الناخبين الحق في تقديم مشروع لتعديل نصوص الدستور.

العادي أن يصدر مخالفاً لنصوص الدستور المرن ، ويعد ذلك تعديلاً لنصوص الدستور.

ومن أمثلة الدساتير المرنة التي تنقح بنفس طريقة تنقيح التشريعات العادية الدستور الإنجليزي الحالي والدستور الإيطالي الصادر عام1848 .

(ب) – تعديل الدساتير الجامدة :

113 – تتطلب الدساتير الجامدة إجراءات وشروط مشددة لتعديل أحكامها ، وفي هذه الإجراءات والشروط يتمثل جمودها ، فهي لاتكتفي بنفس إجراءات وشروط تعديل التشريعات العادية. وتختلف درجة جمود هذه الدساتير بحسب شدة الإجراءات التي تتطلبها لتعديلها وتنقيح نصوصها.

ونكتفي هنا بالاشارة إلى طريقة تعديل الدستور الكويتي، باعتباره دستوراً جامداً ، والتي حددتها المادة (174) منه بنصها على أنه : « للأمير ولثلث أعضاء مجلس الأمة حق اقتراح تنقيح هذا الدستور لتعديل وحذف حكم أو أكثر من أحكامه أو إضافة أحكام جديدة إليه فإذا وافق الأمير وأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة على مبدأ التنقيح وموضوعه ناقش المجلس المشروع المقترح مادة مادة . ويشترط لإقراره موافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس ولا يكون التنقيح نافذاً بعد ذلك إلا بعد تصديق الأمير عليه وإصداره ، وذلك بالاستثناء من حكم المادتين 65، 66 من هذا الدستور. وإذا رفض اقتراح التنقيح من حيث المبدأ أو من حيث الموضوع فلا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة على هذا الرفض. ولا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به » .

وكما يتضح من النص يمر تنقيح الدستور الكويتي بإجراءات أشد

من إجراءات تعديل التشريع العادي سواء فيما يتعلق بالمراحل التي تتم بها هذه الإجراءات ، أو فيما يتعلق بالأغلبية المطلوبة ، ونوضح ذلك من خلال عرضنا للمراحل التي تمر بها إجراءات التنقيح بشيء من الايجاز على الوجه الآتي :

(1) ـ اقتراح تعديل الدستور :

114 ـ تبدأ إجراءات تنقيح الدستور باقتراح التنقيح ، وهو حق مقرر لكل من الأمير باعتباره ممثلاً للسلطة التنفيذية ، ولثلث أعضاء مجلس الأمة ، ويجب أن يتضمن اقتراح التعديل المواد المطلوب تنقيحها، والأسباب الداعية إلى هذا التنقيح .

وتتضح أولى مظاهر جمود الدستور الكويتي في اقتراح التعديل المقدم من أعضاء مجلس الأمة، حيث يشترط أن يكون اقتراح التعديل مقدماً من ثلث أعضاء مجلس الأمة على الأقل، في حين أن اقتراح مشروعات التشريعات العادية مكفول لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة الذي يمكن أن يتقدم به منفرداً.

(2) – الموافقة على مبدأ التنقيح وموضوعه :

115– يجب قبل البدء في مناقشة التعديل المقترح إجراؤه على الدستور أن يوافق على مبدأ التنقيح وموضوعه كل من الأمير وأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة ، فإذا رفض الأمير أو المجلس اقتراح التنقيح سواء من حيث المبدأ أو من حيث موضوع التنقيح فلا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة كاملة على هذا الاقتراح.

وهذا الإجراء من إجراءات تنقيح الدستور الكويتي لا مثيل له بالنسبة لتعديل التشريعات العادية؛ لذلك فهو مظهر ثان من مظاهر جمود الدستور الكويتي.

(3) – موافقة مجلس الأمة على التعديل :

116 – إذا تمت الموافقة على مبدأ التنقيح وموضوعه من كل من الأمير ومجلس الأمة بأغلبية أعضائه الذين يتألف منهم انتقل المجلس إلى مناقشة التعديل، حيث يشترط لإقراره موافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس ، على أن تتم مناقشة التعديل المقترح والتصويت عليه مادة مادة[1]، وهذا مظهر ثالث لجمود الدستور الكويتي .

(4) – موافقة الأمير على التنقيح واصداره :

117 – موافقة الأمير على مشروع التنقيح إجراء لازم لصحة تعديل الدستور، فإن وافق الأمير على التعديل قام بالتصديق عليه واصدره، وبذلك تكتمل إجراءات التعديل . أما إذا لم يوافق الأمير على التنقيح فلا يجوز عرض مشروع التعديل على مجلس الأمة من جديد إلا بعد مرور سنة على قرار الرفض ، ولا يمكن التغلب على رفض الأمير للتعديل كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العادية ، بل تتوقف إجراءات التعديل عند ذلك ولاتتم ، وهذا يعد أيضاً مظهراً من مظاهر جمود الدستور الكويتي، تمشياً مع الطريقة التي وضع بها وهي الاتفاق بين الأمير والمجلس التأسيسي على الوجه الذي سبق إيضاحه[2] .

---

(1) ولم يشترط الدستور الكويتي نصاباً خاصاً لمناقشة مشروع تعديل نصوصه بعكس ما يتطلبه بعض الدساتير كالدستور المصري الصادر عام 1923 الذي اشترط لصحة مناقشة مشروع تعديل أحكامه حضور ثلثي مجموع عدد أعضاء المجلس ، غير أن اشتراط المادة (147) من الدستور الكويتي موافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس لإقرار التعديل تستلزم بالضرورة ألا يقل نصاب انعقاد المجلس في جلسة المناقشة عن ذلك العدد.

(2) بالإضافة إلى الإجراءات المشددة التي توضح جمود الدستور الكويتي فيما يتعلق بتعديل أحكامه ، والتي وضحناها بالمتن ، فقد حظرت المادة (174) منه تعديل أحكامه خلال السنوات الخمس التالية لتاريخ العمل به ، كما حظر الدستور تعديل بعض أحكامه، وهي المتعلقة بالنظام الأميري للكويت وبمبادىء الحرية والمساواة في حدود معينة .

راجع في تفصيل ذلك : عادل الطبطبائي ، النظام الدستوري في الكويت ص 428وبعدها.

البند الثاني

إجراءات التشريع العادي

المقصود بالتشريع العادي:

118- يقصد بالتشريع العادي القانون بمعناه الضيق ، أي: باعتباره مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة التشريعية المختصة .

وإذا كان يطلق عملاً على هذا التشريع تسمية القانون ، فإن لفظة القانون يكون لها هنا دلاله أضيق نطاقاً من الدلالة العامة لهذه اللفظة والتي يتسع معناها ليشمل كل قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية أياً كان مصدرها. أما المقصود بالقانون هنا ، أي: باعتباره تشريعاً ، فينصرف إلى القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة بالتشريع ، وهو مجلس الأمة بالكويت .

وننوه إلى ماسبق أن أوضحناه من أن لفظة قانون في معناها الضيق لاتقتصر على القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية، والتي تتصف بالتجريد والعموم ، وإنما تنصرف أيضاً إلى ما يصدر عن هذه السلطة من قرارات إدارية، وأعمال برلمانية لاتتضمن قواعد قانونية ، ومن ثم تفتقر إلى التجريد والعموم ، كمنح احتكار أو امتياز لشخص معين، فمثل هذه القرارات تعتبر قوانين من حيث الشكل فقط ، لصدورها في الشكل الذي تصدر به التشريعات العادية ، أما هذه الأخيرة فتعد قوانين شكلاً وموضوعاً لتضمنها قواعد عامة ومجردة .

السلطة المختصة بوضع التشريعات العادية :

119 - وضع التشريعات العادية - القوانين - من اختصاص السلطة التشريعية بحسب الأصل ، تشاركها في ذلك السلطة التنفيذية ، فإعمالاً

للمادة (51) من الدستور الكويتي: «السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور»[1] كما نصت المادة (79) من الدستور على أنه: «لايصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة، وصدق عليه الأمير».

كذلك نصت المادة (65) من الدستور على أن «للأمير حق اقتراح القوانين، وحق التصديق عليها وإصدارها...»[2].

وإذا كان وضع التشريعات العادية من اختصاص السلطة التشريعية بمشاركة من الأمير فإن ذلك يمثل الوضع العادي أو الأصلي في سن التشريعات العادية، ذلك أن السلطة التشريعية يمكنها تفويض السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم لها قوة القانون في بعض الشئون الطارئة، كما تملك السلطة التنفيذية في حالة الضرورة والاستعجال إصدار تشريعات عادية تسمى بتشريع الضرورة، أو مراسيم الاستعجال.

كذلك تملك السلطة التنفيذية وضع التشريعات العادية في أثناء تعطيل الحياة البرلمانية.

أخيراً، فإن للسلطة التنفيذية حق اصدار وتوقيع المعاهدات الدولية

---

(1) ويلاحظ أن ممارسة الأمير لدوره في الإجراءات التشريعية يتم عن طريق السلطة التنفيذية فهي التي تشارك حقيقة في العملية التشريعية.
عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ص 634.

(2) وإذا كانت هذه النصوص الدستورية توضح أن الأمير يشارك مجلس الأمة في وضع التشريعات، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الدستور لم يجعل الأمير شريكاً لمجلس الأمة في السلطة التشريعية، وأن مجلس الأمة يملك هذه السلطة وحده، ويستند هذا الرأي إلى أن اقتراح القوانين الذي يملكه الأمير ليس جزءاً من العملية التشريعية، كما أن الدستور لم يعترف للأمير بحق تصديق بالمعنى الفني، بل اعترف له بمجرد حق إعتراض توقيفي، يستطيع مجلس الأمة إذا أصر على إصدار القانون أن يقضي على الاعتراض بإقراره القانون ثانية بأغلبية خاصة، أما الاصدار الذي يملكه الأمير فبجانب أنه عمل تنفيذي بطبيعته، فإن الأمير لايملك عدم اتخاذه.
راجع في تفصيل ذلك عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، 1989، ص 586 وبعدها.

التي يكون لها قوة القانون.

وبناء على ما سبق نبدأ بتوضيح الإجراءات المعتادة لسن التشريع العادي عن طريق السلطة التشريعية ومشاركة الأمير ، ثم نعرض لحق السلطة التنفيذية في الانفراد بوضع تشريعات عادية عن طريق المراسيم بقوانين في حالتي الضرورة والتفويض ، ثم نعرض لاختصاصها التشريعي في حالة غياب الحياة البرلمانية أو النيابية ، وننتهي بعرض حق السلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية التي تكون لها قوة القانون.

بذلك تتناول دراستنا لإجراءات وضع التشريع العادي الموضوعات الأربعة السابقة ، التي نجعل لكل منها فرعاً مستقلاً على الوجه الآتي :

الفرع الأول : سن التشريعات العادية بمعرفة السلطة التشريعية.

الفرع الثاني : اختصاص السلطة التنفيذية بوضع التشريعات العادية في حالتي الضرورة والتفويض التشريعي.

الفرع الثالث : القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في أثناء انعدام الحياة النيابية.

الفرع الرابع : اختصاص السلطة التنفيذية بوضع المعاهدات الدولية.

الفرع الأول

سن التشريعات العادية بمعرفة السلطة التشريعية

« الإجراءات المعتادة لسن التشريعات»

مراحل سن التشريع العادي :

120 – تمر إجراءات سن التشريع العادي بمعرفة السلطة التشريعية ومشاركة السلطة التنفيذية بمراحل خمس تبدأ باقتراح التشريع ، ثم مناقشته واقراره من مجلس الأمة ، فالتصديق عليه من الأمير، وبذلك يقوم التشريع ، ولكنه لاينفذ إلا باصداره من الأمير ، ثم نشره في الجريدة الرسمية.

والآتي كلمة موجزة عن كل مرحلة من مراحل وضع ونفاذ [1] التشريع العادي.

أولاً – الاقتــراح "Initiative" :

121 – اقتراح القوانين حق قرره الدستور الكويتي للأمير[2] ، ولكل عضو من أعضاء مجلس الأمة [3] .

ويباشر الأمير حقه في اقتراح القوانين عن طريق مرسوم يوقع عليه رئيس مجلس الوزراء والوزير المختص ، أي: السلطة التنفيذية «الحكومة » ويسمى الاقتراح عندئذ مشروع قانون.

ويعد المشروع بقانون في كل هيئة أو وزارة بعد دراسته بواسطة

---

(1) نتعرض لنفاذ التشريع على الرغم من كونه مرحلة لاحقة على وضعه آخذين في الاعتبار أن سن التشريع ليس هدفاً في حد ذاته وإنما بقصد إعماله وإنفاذ قواعده.

(2) المادة (65) من الدستور الكويتي .

(3) المادة (109) من الدستور الكويتي .

اللجان أو الهيئات القانونية المتخصصة ، وبعد مراجعته يعرض على الوزير المختص الذي يقوم في حالة موافقته على المشروع ، كما هو أو بعد ادخال تعديلات عليه ، بإحالته إلى ادارة الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الوزراء لصياغة المشروع صياغة قانونية ، أو لمراجعة صياغته إن كانت قد تمت ، ولملاحظة التنسيق بين المشروع والتشريعات القائمة[1] .

ويعرض مشروع القانون المقدم من الحكومة على مجلس الأمة مباشرة للنظر في إحالته إلى اللجنة المختصة دون حاجة إلى عرضه على لجنة الشئون التشريعية والقانونية .

أما الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الامة فلا يعرض على المجلس مباشرة ، وإنما يحيله رئيس المجلس إلى لجنة الشئون التشريعية والقانونية لابداء الرأي في فكرته ولوضعه في الصيغة القانونية في حالة الموافقة على عرضه على المجلس للنظر فيه [2] .

كما يختلف الاقتراح بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس الأمة عن المشروع بقانون المقدم من الحكومة ، في أن هذا الأخير يمكن للحكومة ، بعد تعديله، أن تتقدم به مرة أخرى في نفس دور الانعقاد إذا رفضه المجلس ، أما الأول فلا تجوز إعادة عرضه ثانية في دور الانعقاد الذي رفض فيه [3] .

---

(1) إعمالاً للمادة الثانية من القانون رقم (12) لسنة 1960 الخاص بإدارة الفتوى والتشريع يتعين عرض مشروعات قوانين الحكومة على إدارة الفتوى والتشريع قبل إحالتها إلى مجلس الأمة لمراجعتها من الناحية القانونية .

(2) انظر المادة (97) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة التي تشترط أن يكون الاقتراح مصوغاً ومحدداً قدر المستطاع وموقعاً ومصحوباً ببيان أسبابه .

(3) انظر المادة (109) من الدستور .

ثانياً – المناقشة و الإقرار "Vote" :

122 – إذا وافقت اللجنة المختصة على مشروع القانون أو الاقتراح بقانون، عُرِضَ على المجلس لمناقشته والتصويت عليه تمهيداً لاقراره أو رفضه ، ويبدأ نظر المجلس للمشروع من حيث المبدأ ، فإذا وافق عليه انتقل إلى مناقشته مادة مادة ، ووفقاً للمادة (103) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة ، لكل عضو من أعضاء المجلس عند مناقشته مشروع قانون أو اقتراح بقانون أن يقترح تعديله أو الحذف منه أو التجزئة في مواده أو فيما يعرض عليه من تعديلات.

وبعد مناقشة أعضاء المجلس مشروع القانون يتم التصويت عليه حيث يتعين لإقراره الموافقة عليه من الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. مع ملاحظة أنه اعمالاً للمادة (97) من الدستور لايجوز لمجلس الأمة أن يتخذ قراراً ما إلا إذا حضر المجلس الأغلبية المطلقة لأعضائه الذين يتألف منهم .

ثالثاً – التصديق "Sanction" :

123 – بعد مناقشة مشروع القانون أو الاقتراح من مجلس الأمة وإقراره يتعين رفعه إلى أمير البلاد للموافقة عليه عن طريق تصديقه على المشروع ، فالتصديق يعني موافقة الأمير على القانون، وعدم اعتراضه عليه.

والأمير ليس مجبراً على التصديق على مشروع القانون في بداية عرضه عليه وإنما يملك الموافقة كما يملك الاعتراض ، وذلك على الوجه الآتي :

(أ) – إن وافق الأمير على المشروع ولم يعترض قام بالتصديق عليه واصدره.

(ب) – إن اعترض الأمير على المشروع تعين عليه رده إلى مجلس الأمة خلال ثلاثين يوماً لإعادة النظر فيه [1] ، فإن لم يرد المشروع في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدره .

(ج) – يجوز في حالة الاستعجال أن تخفض مدة الثلاثين يوماً التي يجب أن يبت في خلالها الأمير في المشروع إلى سبعة أيام، على أن يصدر بذلك قرار من مجلس الأمة بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم ، وعندئذ يطبق عليها نفس مايطبق على المدة الأصلية ، فإذا لم يرد الأمير المشروع خلالها إلى مجلس الأمة اعتبر قانوناً، وأصدره .

(د) – إذا رد الأمير مشروع القانون في خلال الميعاد المتقدم – 30 يوماً أو سبعة أيام في حالة الإستعجال – تعين على مجلس الأمة إعادة مناقشة المشروع والتصويت عليه من جديد بأغلبية خاصة هي ثلثا الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس ، فإذا توافرت هذه الاغلبية اعتبر المشروع قانوناً، وصدق عليه الأمير، وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه به ، أما إذا لم تتوافر الأغلبية امتنع النظر فيه في دور الانعقاد نفسه .

(هـ) – إذا لم تتم الموافقة على مشروع القانون الذي اعترض عليه الأمير بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الامة ، ومن ثم امتنع النظر فيه في دور الانعقاد نفسه ، يجوز لمجلس الأمة في دور انعقاد آخر أن يعيد النظر في مشروع القانون ، فإن أقره بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس صدق عليه الأمير، وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه[2].

---

(1) ووفقاً للمادة (66) من الدستور يكون طلب إعادة النظر في مشروع القانون بمرسوم مسبب. ووفقاً للمادة (66) من الدستور يكون طلب إعادة النظر في مشروع القانون بمرسوم مسبب .

(2) راجع المادة (66) من الدستور .

وهذا يوضح أن دور مجلس الأمة في وضع التشريع العادي يفوق دور الأمير .

مما سبق يتضح لنا أن تصديق الأمير على التشريعات، كمرحلة من مراحل سنها، لايخرج عن كونه مجرد حق اعتراض توقيفي "Veto suspensif" يملك مجلس الأمة أن يتخطاه بالأغلبية الخاصة المشار إليها، وهي أغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس[1].

رابعاً – الإصدار "Promulgation":

124 – ينتهي عمل السلطة التشريعية (مجلس الأمة) بالنسبة لسن التشريع بتصديق الأمير على المشروع أو الاقتراح على الوجه الذي أوضحناه، وبذلك يوجد القانون، ولكنه لاينفذ إلا بتدخل السلطة التنفيذية، ومنحه الثقة اللازمة عن طريق إصداره بواسطة رئيس الدولة.

والإصدار عمل قانوني ضروري لنفاذ التشريع يتضمن أمرين: الأول: شهادة رئيس الدولة بأن السلطة التشريعية قد أقرت القانون وفق أحكام الدستور[2]، والثاني: أمر إلى جميع الهيئات والسلطات لنشر القانون وتنفيذه كل فيما يخصه.

والإصدار أمر لازم لكل أنواع التشريعات – الرئيسي والعادي والفرعي – يتعين إجراؤه بمجرد تمام العمل التشريعي بموافقة رئيس الدولة على المشروع.

---

(1) انظر في ذلك: عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ص 658، عثمان عبد الملك، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت ص 473.

(2) ويترتب على إصدار القانون إثبات وجوده إثباتاً رسمياً. وعادة ما يتم إصدار القانون وفقاً للصياغة الآتية: «بعد الاطلاع على ... أصدرنا القانون الآتي نصه: ...» ثم يوجه الأمير الأمر إلى الوزراء – كل فيما يخصه – بتنفيذ القانون والعمل به ابتداء من التاريخ الذي يحدده في اصداره للقانون. ويلاحظ أنه عادة ما تتم الإشارة إلى التشريعات بتاريخ صدورها وليس بتاريخ نفاذها والعمل بها، فيقال مثلاً القانون المدني الصادر في أول اكتوبر 1980 م على الرغم من ان نفاذه كان في 25 فبراير 1981 م.

خامساً – النشر "Publication" :

125 – المرحلة الأخيرة من مراحل التشريع هي نشر القانون وشهره من قبل السلطة التنفيذية حتى يمكن تنفيذه.

والمفروض ولو نظرياً أن يعلق تطبيق القوانين ونفاذها على علم الأشخاص بها علماً فعلياً، ولكن الضرورات العملية أقتضت الاكتفاء باتخاذ إجراءات معينة لنشر القوانين ، فإذا أتخذت هذه الاجراءات أعتبرت عوضاً عن العلم الفعلي بها، وأمكن تطبيق القوانين بصرف النظر عن هذا العلم [1] .

ووفقاً للدستور الكويتي يتم نشر القوانين بالجريدة الرسمية «الكويت اليوم» خلال اسبوعين من تاريخ إصدارها[2] ، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها ، ويجوز مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون.

وتحسب مدة الشهر، أو ما يقوم مقامها ، ابتداء من اليوم التالي لتاريخ النشر، ولاينفذ القانون إلا عند انتهاء اليوم الأخير منها.

ضرورة توزيع الجريدة الرسمية :

126 – لإتمام إجراءات الشهر يجب أن توزع الجريدة الرسمية بعد طبعها[3].

ولا يغني عن النشر بالجريدة الرسمية وتوزيعها أية وسيلة أخرى للعلم بالتشريع ، حتى ولو كانت أكثر فعالية أو عملية ، كالإعلان

---

(1) فالمقصود بنشر القوانين هو إتاحة الفرصة للعلم بها وليس بالضرورة العلم الفعلي ، ومن ثم يكون إجراؤه بديلاً عن هذا العلم ، وهذا ما يطلق عليه نظام العلم القانوني ، أو العلم الافتراضي أو الحكمي الذي يكتفي بتهيئة وسيلة العلم ، أي النشر .

(2) وهي مدة قصيرة قصد منها عدم تعطيل تنفيذ القوانين بعد إصدارها .

(3) فعدم توزيع الجريدة الرسمية بعد طبعها يعد من قبيل القوة القاهرة التي تحول دون تطبيق القانون المدون بها ، نقض مدني مصري 28 أكتوبر 1975 مجموعة أحكام النقض . س 26 . ص 1339 .

بالصحف أو الإذاعة أو التلفزيون والسينما ، أو الإعلانات بالطرق العامة. بل أن العلم الفعلي لايغني عن ضرورة النشر بالجريدة لأنه الاجراء الرسمي لنشر القوانين ، ويعد شرطاً لنفاذها .

ولكن بمجرد النشر في الجريدة الرسمية ومضي المدة المحددة يطبق التشريع، ويصبح نافذاً بالنسبة للجميع من علم ومن لم يعلم.

وإذا اختلف تاريخ توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ إدراج القانون بها ، بمعنى أن يكون توزيع الجريدة قد تم في تاريخ لاحق على إدراج القانون بها ، فتكون العبرة بالتوزيع الفعلي للجريدة، وليس بإدراج القانون بها [1].

هذا ، والنشر لازم لكل التشريعات أياً كان نوعها [2] .

أثر نشر القوانين :

127 – يتمثل الأثر المترتب على نشر التشريعات وشهرها في الأمور الثلاثة الآتية :

(أ) – تحديد بدء نفاذ التشريع، والعمل به، فوفقاً للمادة (178) من الدستور الكويتي يعمل بالقوانين بعد شهر من تاريخ نشرها ،

---

(1) انظر نقض مدني مصري ، 24 يونيه 1958 ، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية ، س 9 ، ع 2 ، رقم 81 ، ص 693.

(2) وقد يحدث أن تكتشف السلطة التنفيذية وجود بعض الاغلاط المادية بعد نشر التشريع في الجريدة الرسمية. فيحق لها عندئذ أن تقوم بإعادة النشر في عدد لاحق للجريدة لإجراء التصحيح اللازم طالما وقف عند مجرد تصحيح غلط مادي أو إعادة عبارة سقطت من الكتابة سهواً ، ولكنها لاتملك أن تعدل في مضمون التشريع . وإنما يحتاج ذلك إلى إصدار تشريع جديد. راجع سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية . رقم 86 م .

وإذا اقتصرت إعادة النشر على تصحيح خطأ لفظي أو مادي فتكون العبرة عندئذ بتاريخ النشر الأصلي. أما إذا ورد التصحيح على الأحكام الموضوعية للقانون فتكون العبرة بتاريخ إعادة النشر الذي تم بمقتضاه إجراء التصحيح . راجع لمزيد من التفاصيل : عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون (1) القانون ص 387 .

ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون .

وتسمى المدة التي تمضي بين نشر القانون بالجريدة الرسمية وبدء العمل به بمدة الفراغ التشريعي، والقصد منها إتاحة الفرصة للعلم بالقوانين قبل نفاذها [1].

(ب) – تحديد مضمون التشريع بطريقة رسمية ، فالنشر في الجريدة الرسمية يعد حجة رسمية بوجود القانون وبمضمونه بما لا يقبل إثبات العكس [2].

(ج) – سريان التشريع في مواجهة الجمهور ، فبمجرد نشر التشريع ومضي المدة المحددة يصبح التشريع نافذاً ويطبق على الأفراد بصرف النظر عن العلم به فعلياً أو عدم العلم به ، فقد أخذ المشرع بنظام العلم القانوني أو الحكمي وليس العلم الفعلي ، استناداً إلى ضرورات الاستقرار القانوني والصالح العام .

---

(1) وإذا كانت المدة المعتادة للفراغ التشريعي الواجب قضاؤها بين نشر القانون وبدء العمل به هي شهر فيمكن مدها أو تقصيرها بنص خاص وفقاً لنوع التشريع وطبيعته .

فقد تقتضي طبيعة التشريع إطالة مدة الفراغ التشريعي بسبب ضخامة مواده وأهمية الموضوعات التي تنظمها ، وهذا ماحدث بالنسبة للقانون المدني الذي صدر في أول أكتوبر 1980، ولكنه لم ينفذ إلا في 25 فبراير 1981 ، فمنح المشرع بذلك للأفراد فرصة كافية للعلم باحكامه وترتيب أوضاعهم على ضوء القواعد الجديدة التي تضمنها .

وقد تقتضي طبيعة التشريع تقصير مدة الفراغ التشريعي أو الغاءها كلية والنص على العمل بأحكامه فور نشره ، ويرجع ذلك إما لخطورة الآثار المترتبة على تأجيل تنفيذ القانون، وهذا ما يتحقق بالنسبة للتشريعات المنظمة للموضوعات المالية والاقتصادية ، وإما لعدم مساس نصوص التشريع بمصالح الأفراد وعدم الحاق ضرر بهم من جراء نفاذ القانون فور نشره ، بل وقد يكون في ذلك فائدة لهم كأن يترتب على التشريع الجديد مزايا يمنحها للافراد .

عادل الطبطبائي ، المرجع السابق ص 669 .

(2) عبد الحي حجازي ص 385 .

الفرع الثاني

إختصاص السلطة التنفيذية بوضع التشريعات العادية

في حالتي الضرورة والتفويض التشريعي

« المراسيم بقوانين»

تمهيد :

128- سن التشريعات بحسب الأصل من اختصاص السلطة التشريعية بمشاركة محدودة من السلطة التنفيذية ، وذلك على الوجه الذي سبق لنا إيضاحه ، غير أن ضرورات الحياة وما قد تبرزه من أمور عاجلة استوجبت الاعتراف للسلطة التنفيذية بوضع التشريعات في حالات استثنائية عن طريق مراسيم لها قوة القانون، واختصاص السلطة التنفيذية بإصدار المراسيم بقوانين ليس اختصاصاً اصيلاً، وإنما يتقرر على سبيل الاستثناء إما في حالة الضرورة والإستعجال لمواجهة أمر عاجل لايحتمل التأخير ، وتسمي التشريعات التي تصدر في هذه الحالة بمراسيم الاستعجال أو لوائح الضرورة ، وهي تخضع لرقابة لاحقة من مجلس الأمة صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع ، وإما بناء على تفويض مسبق من مجلس الأمة [1].

---

(1) يري بعض الفقه أن مراسيم الاستعجال أومراسيم الضرورة هي تشريعات بالمعنى المادي أو الموضوعي يكون لها نفس القيمة الموضوعية التي تكون للتشريع في معناه الشكلي . أي الذي تضعه السلطة التشريعية . ولكنها ليست تشريعات بالمعنى الشكلي لعدم صدورها من السلطة التشريعية . وهكذا تنقسم التشريعات وفقاً لهذا الرأي إلى تشريعات بالمعنى الشكلي. ويقصد بها التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية. وتشريعات بالمعنى الموضوعي . وهي التي تصدرها السلطة التنفيذية وتنقسم بدورها إلى نوعين. النوع الأول تشريع بالمعنى الموضوعي ذو قيمة موضوعية ، وينصرف إلى اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط التي تصدرها السلطة التنفيذية ، والنوع الثاني تشريع بالمعنى الموضوعي ذو قيمة شكلية ، وينصرف إلى مراسيم الاستعجال والتشريع =

نتعرض إذن لمراسيم الضرورة أو الاستعجال، ثم للمراسيم التفويضية أو التشريع التفويضي.

ونجعل لكل منها غصناً مستقلاً على الوجه الآتي :

الغصن الأول : مراسيم الضرورة .

الغصن الثاني : المراسيم التفويضية .

= التفويضي. راجع عبد الحي حجازي رقم 305 ص 3 .

الغصن الأول

مراسيم الضرورة

(أ) – المقصود بمراسيم الضرورة :

129 – يقصد بمراسيم الضرورة أو لوائح الاستعجال ، التشريعات العادية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة التي تستوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، وتقوم السلطة التنفيذية بإصدارها دون حاجة إلى تفويض من السلطة التشريعية ، استناداً إلى حالة الضرورة وظروف الاستعجال التي تسوِّغ سرعة تدخل السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف دون انتظار السلطة التشريعية .

وتتميز مراسيم الضرورة عن اللوائح أي: التشريعات الفرعية التي تختص السلطة التنفيذية بإصدارها أصلاً ، بأن هذه المراسيم تكون لها قوة القانون ، فيمكنها أن تعدل أو تلغي التشريعات العادية القائمة .

وقد نظمت هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي للسلطة التنفيذية المادة (71) من الدستور بنصها على أنه « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون ، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية .

ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ماكان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا

عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ماكان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأي المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر».

(ب) – قيــود مراسيم الضرورة :

130– يبين من نص المادة (71) من الدستور الكويتي أن حق السلطة التنفيذية في وضع مراسيم الضرورة مقيد بعدة قيود أوشروط ، نوجزها في الآتي:

القيد الأول : يجب ألا يكون مجلس الأمة منعقداً ، وإلا قام هو بوضع التشريعات اللازمة باعتباره المختص أصلاً بسن التشريعات العادية. وعلى ذلك فلا تملك السلطة التنفيذية إصدار مراسيم الضرورة إلا إذا كان مجلس الأمة غائباً ، أي: خلال الفترة فيما بين أدوار انعقاده[1]، والتي يكون فيها المجلس في عطلته السنوية ، أو في فترة حله [2] .

القيد الثاني : قيام ضرورة ملحة تستوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ولاتقبل الانتظار إلى حين اجتماع مجلس الأمة لوضع القانون اللازم ، ويترك تقدير قيام حالة الضرورة للسلطة

---

(1) يستوى في ذلك أدوار الانعقاد العادية وغير العادية ، كما يأخذ حكمها الفترة التي تقع بين فصلين تشريعيين. عثمان عبد الملك ص 403 ، عادل الطبطبائي ص585 . والمقصود بدور الإنعقاد "La session" المدة الزمنية التي يستطيع المجلس أن يجتمع خلالها اجتماعاً قانونياً بناء على دعوة السلطة التنفيذية وفقاً لنصوص الدستور ، ووفقاً للمادة (85) من الدستور الكويتي يكون لمجلس الأمة دور انعقاد سنوي لايقل عن ثمانية أشهر. أما دور الانعقاد غير العادي فهو الذي يتم خلال عطلة مجلس الأمة فيما بين أدوار انعقاده العادية إذا ما استجد ما يستوجب ذلك.

أما الفصل التشريعي فهو مدة مجلس الأمة الذي انتخب أعضاؤه من أجلها، وقد حددتها المادة (87) من الدستور بأربع سنوات ميلادية تبدأ من تاريخ أول اجتماع له.

(2) ولكن لايجوز للسلطة التنفيذية وضع مراسيم الضرورة في فترة تأجيل اجتماعات مجلس الأمة ، راجع في ذلك عثمان عبد الملك ص 403 ، عادل الطبطبائي ص 586 . وانظر عكس ذلك عبد الفتاح حسن . النظام الدستوري ص 198 هامش (1).

التنفيذية ، ولكنها تخضع في ذلك لرقابة مجلس الأمة [1] .

القيد الثالث : عدم مخالفة المرسوم للدستور أو التقديرات المالية الوارده في قانون الميزانية ، فمراسيم الضرورة لها قوة القانون العادي، لذلك تتقيد هذه المراسيم بالقوانين الأعلى منها قوة ، وهي الدستور، وكذلك القواعد القانونية التي ترتفع إلى منزلة الدستور[2] .

وعلى الرغم من أن مراسيم الضرورة لها قوة القانون العادي ، الأمر الذي يجيز لها مخالفته أو التعديل فيه ، فقد أستثنت المادة (71) من الدستور المنظمة لهذه المراسيم قانون الميزانية وما يتضمنه من تقديرات مالية ، فيجب أن تتقيد مراسيم الضرورة بها ولا تخالفها [3] .

(جـ) – وجوب عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة :

131 – تتميز القوانين الصادرة بمراسيم الضرورة بكونها قوانين مؤقتة غير نهائية إذ يجب عرضها على مجلس الأمة صاحب الاختصاص الأصلي بسن التشريعات العادية ليقرر بشأنها ما يراه .

لذلك أوجبت المادة (71) من الدستور عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، ويتحقق ذلك إذا ماصدرت المراسيم فيما بين أدوار انعقاد المجلس داخل الفصل التشريعي الواحد[4].

---

(1) وتمارس المحكمة الدستورية المصرية رقابتها على قيام حالة الضرورة ، راجع في ذلك الحكم الصادر في 4 مايو 1985 الجريدة الرسمية ، ع 20 ، بتاريخ 16 مايو 1985 .

(2) ومن أمثلتها القانون رقم 4 لسنة 1964 في شأن أحكام توارث الإمارة .

(3) وقد اختلف الفقه الدستوري فيما يتعلق بمخالفة مراسيم الضرورة لقوانين الانتخاب.أنظر في هذا الخلاف ، وفي عدم جواز تلك المخالفة باعتبارأن قوانين الانتخابات تعد من القوانين المحجوزه للمشرع: عادل الطبطبائي ص 590 .

(4) وذلك يستوجب دعوة المجلس إلى الاجتماع في دور انعقاد غير عادي إذا كان أول اجتماع لاحق لصدور المرسوم ابعد من خمسة عشر يوماً.
عثمان عبد الملك : ص 415 ، عادل الطبطبائي : ص 597.

فإذا لم يكن المجلس قائماً لانتهاء الفصل التشريعي أو لحله ، تعين عرض هذه المراسيم في أول اجتماع له .

فإذا عُرِضَت المراسيم بقوانين الصادرة في حالة الضرورة على مجلس الأمة مارس المجلس رقابته عليها ، واتخذ أحد المواقف الآتية[1] :

(أ) – أن يقر هذه القوانين فتستقر صحتها، وتصبح جزءاً من النظام القانوني للدولة.

(ب) – أن يرفض هذه المراسيم كلية ، فتعتبر كأن لم تكن، وتسقط بأثر رجعي من يوم صدورها .

(ج) – أن يرفض هذه القوانين بالنسبة للمستقبل فقط ، أي: من يوم إصدار قراره بالرفض، مع اعتماد تطبيقاتها التي تمت فعلاً .

(د) – أن يرفض هذه القوانين بالنسبة للمستقبل ، مع تسوية الآثار التي ترتبت عليها على وجه آخر يقرره المجلس .

---

(1) وتقتصر سلطة مجلس الأمة على الموافقة على المراسيم أو رفضها ولايملك تعديلها.راجع المادة (113) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة .

ووفقاً للمادة (114) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تكون الموافقة على المراسيم بقوانين بالأغلبية العادية ، أما رفضها فيكون بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس. وانظر في عدم دستورية هذا النص عثمان عبد الملك ص 417 ، عادل الطبطبائي ص 599 ، على خلاف ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في 11/7/1981 ، مشار إليه في مجلة الحقوق والشريعة ، العدد الثالث سبتمبر 1981 ص 293، العدد الرابع ، ص 261 .

الغصن الثاني

المراسيم التفويضية

«التشريع التفويضي»

المقصود بالتشريع التفويضي وشروطه :

132 – يقصد بالمراسيم أو التشريعات التفويضية تلك التشريعات العادية التي تصدرها السلطة التنفيذية في الحالات الاستثنائية بناء على تفويض من مجلس الأمة .

فعلى الرغم من أن وضع التشريعات هو أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية، ولا يجوز أن تتنازل عنه لغيرها ، فإن ظروف الواقع تدفع أحياناً بالسلطة التشريعية إلى تفويض السلطة التنفيذية في بعض اختصاصتها التشريعية بشروط وقيود معينة .

ونظراً لما يتضمنه التفويض التشريعي من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، إضافة إلى مايتضمنه من تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصها التشريعي ، فيتعين أن يستند هذا التفويض إلى نص في الدستور ، وان يوجد من الظروف الخاصة مايستوجب هذا التفويض ، وأن يصدر بالتفويض قانون من مجلس الأمة ، كما يتعين أن يكون هذا التفويض مقيداً ومحدداً .

يتعين – إذن – لصحة التشريعات التفويضية توافر الشروط الأربعة الآتية :

الشرط الأول – أن يستند التفويض التشريعي إلى الدستور :

133 – نظراً لما يتضمنه التشريع التفويضي من اعتداء على مبدأ الفصل بين

السلطات ، وهو أحد المبادىء الدستورية المهمة ، فيجب لصحة التفويض التشريعي أن يستند إلى الدستور ، بأن يجيز الدستور هذا التفويض ، لذلك تنص الدساتير المختلفة عادة على جواز التفويض التشريعي [1].

وقد خلا الدستور الكويتي من نص يجيز للسلطة التشريعية «مجلس الأمة» أن يفوض السلطة التنفيذية في اصدار تشريعات لها قوة القانون العادي ، بل إن المادة (50) منه تحظر صراحة على مجلس الأمة أن يتنازل عن اختصاصه التشريعي كلياً أو جزئياً إلى السلطة التنفيذية، فقد نصت المادة المذكورة على أنه : «يقوم نظام الحكم على مبدأ الفصل بين السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور ، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في الدستور».

وعلى الرغم من ذلك النص فإن فقهاء القانون الدستوري الكويتي يرون جواز التفويض التشريعي استناداً إلى ماجاء بالمذكرة التفسيرية للدستور تعليقاً على نص المادة (50) من أن هذا النص لايمنع السلطة التشريعية من أن تفوض السلطة التنفيذية بتولي أمر معين بالذات ولظرف خاص بدلاً من أن يتولاه المشرع بقانون [2] .

---

(1) انظر على سبيل المثال المادة 146 من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في عام 1971 التي أجازت لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الشعب أن يصدر قرارات لها قوة القانون.

(2) جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي تعليقاً على المادة (50) منه الآتي : «... وقد حظرت المادة نزول أي من السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية) عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في الدستور ، والمقصود بصفة خاصة هو منع تنازل السلطة التشريعية عن كل اختصاصها أو بعضه للسلطة التنفيذية، بمعنى عدم جواز التنازل عن فئة من الأمور أو نوع من التشريعات أو الاختصاصات ، مما يسمى تفويضاً بالسلطة ، ولكن هذا النص لايمنع السلطة التشريعية من أن تفوض الحكومة بتولي أمر معين بالذات ولظرف خاص بدلاً من أن يتولاه المشرع بقانون ، وفي هذه الحالة قد يبين هذا القانون بعض التوجيهات أو الأحكام الرئيسية التي يجب أن تلتزمها الحكومة في ممارسة هذا الحق ، كما لايتعارض نص هذه المادة مع « قوانين السلطة التامة» حيث تقتضي ضرورة=

ويسوّغ هؤلاء الفقهاء استنادهم إلى المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي في إجازتهم للتفويض التشريعي بأن هذه المذكرة ، وللظروف الخاصة بوضعها ، لها قوة ملزمة وترتفع إلى مرتبة أحكام الدستور (1) .

وقد وجد التفويض التشريعي تطبيقاً له في الكويت بالفعل حيث فوضت السلطة التشريعية السلطة التنفيذية أثر الاعتداء الغاشم على بعض الدول العربية في 5/6/ 1967 ، فأصدر مجلس الأمة القانون رقم (23) لمواجهة هذا الاعتداء الغاشم ، ومنحها الصلاحيات اللازمة لمعالجة الموقف من تدابير تشريعية بمراسيم لها قوة القانون. وبالتطبيق لهذا التفويض التشريعي أصدرت السلطة التنفيذية المرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1967 في 5/6/1967 في شأن تنظيم الائتمان ، والمرسوم بقانون رقم (2) لسنة 1967 في 6/6/1967 بشأن الحرس الوطني .

الشرط الثاني - أن توجد ظروف خاصة تستوجب التفويض :

134 - لا تقوم الحاجة إلى التفويض التشريعي إلا إذا وجد من الظروف الخاصة ما يسوّغ هذا التفويض كوجود حالة حرب أو أزمة اقتصادية وغير ذلك من ظروف خاصة تستوجب الحزم في إصدار التشريعات ، أما مع الظروف العادية فلا حاجة للتفويض التشريعي .

= استثنائية أن تعهد السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية بمواجهة أمر مهم معين في جملته ، كمواجهة أزمة نقدية أو أقتصادية أو عسكرية مثلاً . وحكمة الحظر المنصوص عليه في هذه المادة الرغبة في مقاومة مالوحظ من ميل المجالس التشريعية أحياناً إلى ترك مهمة التشريع في عدد متزايد من الأمور للسلطة التنفيذية مما يمس جوهر الشعبية في أخص شيء وأقربه لصميم السيادة وهو التشريع».

(1) راجع في هذه الآراء ولمزيد من التفاصيل : عادل الطبطبائي ، مرجع سابق ذكره ، ص 357 - 326 ، والطبيعة القانونية للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي وعلاقتها بتكوين المحكمة الدستورية ، مجلة الحقوق ، السنة الثامنة 1984 ، العدد الأول ص 121 وبعدها.

الشرط الثالث - أن يصدر من السلطة التشريعية قانون بتفويض السلطة التنفيذية:

135 – لايجوز للسلطة التنفيذية ان تصدر تشريعات لها قوة القانون استناداً إلى ما جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين أن تصدر السلطة التشريعية قانوناً بتفويضها في ذلك يسمى قانون التفويض [1]. وقد يحدد هذا القانون للسلطة التنفيذية توجيهات أو قيود معينة فيتعين عليها التقيد بها في هذه الحالة [2] .

الشرط الرابع – يجب ان يكون التفويض التشريعي مقيداً ومحدداً :

136 – فيجب أولاً أن يكون تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية مقيداً، أي: مقصوراً على أمر معين فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تتنازل عن كل أو بعض اختصاصها في التشريع الذي يمنحه لها الدستور [3] .

---

(1) ومن تطبيقات ذلك القانون رقم 23 لسنة 1967 الصادر في 1967/6/5 بتفويض السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم لها قوة القانون.

(2) أثير التساؤل عما إذا كان تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية بإصدار مراسيم تفويض لتنظيم أمر معين بالذات هو في الأصل لاينظم إلا بقانون يحول دون إصدار السلطة التشريعية لقانون ينظم هذا الأمر خلال مدة التفويض ، وقد اختلف الفقه الدستوري في ذلك ، فأجاز البعض للسلطة التشريعية أن تتدخل لتنظيم مافوضت السلطة التنفيذية في شأنه ، وإن كان ذلك لايحول دون مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصها التفويضي أيضاً ، مالم تُنْه السلطة التشريعية هذا التفويض ، بينما ذهب رأي آخر إلى عدم جواز ذلك ، منعاً للتعارض بين القوانين الذي قد يحدث نتيجة وجود سلطتين تتوليان التشريع ، السلطة المختصة أصلاً والسلطة المفوضة.

راجع لمزيد من التفاصيل : عادل الطبطبائي ، المرجع السابق ذكره ، ص 602 ، عثمان عبد الملك ، المرجع السابق ، ص 421.

(3) حدد قانون التفويض التشريعي رقم 23 لسنة 1967 الأمور التي فوضت فيها السلطة التشريعية السلطة التنفيذية في ثلاثة امور هي :

1 – شئون الدفاع والتدابير المتعلقة بمصالح العدو و من يؤازره .

2 – حفظ الامن والنظام .

3 – الشئون الخاصة بالأئتمان .

كمـا يجب ان يكون التـفـويض مـحـدداً من حيث زمـن التـفـويض ، اي مـقـصـوراً على مـدة مـعـينة تمارس السلطة التنفـيـذية هذا التـفـويض خلالها[1] . وتتـحـدد مـدة التفويض التـشـريعي في كل حالـة على حـدة ، على ضـوء الظروف التي تستوجبه [2] .

مدى حق السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم التفويض :

137- إذا فوضـت السلطة التـشـريعـية السـلطة التنفـيذية في إصـدار مـراسـيم التفويض فـإنها - أي : السلطة التنفيذية - تملك اصـدار مـاتراه مناسـباً من القوانـين لمواجهة الظروف الخـاصـة التي اسـتوجـبت التفويض ، ولـها في سـبيل ذلك أن تجري مـاتراه ضـرورياً من تعديلات بالنسبة للقوانين القائمة بما فيها قانون الميزانية سواء بالإضافة أو بالإلغاء .

غير أن سلطتها هذه ليست مطلقة، وإنما ترد عليها القيود الآتية:

القيد الأول : عدم مخالفة قواعد الدسـتور؛ لأن مراسيم التفويض تكون لهـا قـوة القـوانين أو التـشـريعـات العـادية ، فـيـجب أن تتـقـيد بالتشريعات الأعلى منها درجة، وهي الدستور ، فإن خالفتها كانت غير دستورية ولايعمل بها .

القيد الثاني : التقيد بما قد يرد بقـانون التفـويض من قيود مـعينة تحدد مـجال أو مدى التفويض .

---

(1) وقـد حـدد قـانون التـفـويض رقم 23 لسـنة 1967 مـدة التـفـويض بـثـلاثة أشـهـر كـحـد أقـصـى تبدأ من 1967/6/5 ، ثم عدلت هذه المدة بقانون لاحق إلى ستة أشهر.

وقـد حـدد قـانون التـفـويض رقـم 23 لسنة 1967 مـدة التـفـويض بـثـلاثة أشـهـر كـحـد اقـصـى تبدأ من 1967/6/5 ، ثم عدلت هذه المدة بقانون لاحق إلى ستة أشهر.

(2) ويجب الا تزيد مدة التفويض التشريعي عن مدة الفصل التشريعي ، والا سقط التفويض بانتهاء هذه المدة. وقد ثار خلاف بين فقهاء القانون الدستوري في حالة انتهاء الفصل التشريعي لحل المجلس ، فرأي البعض سقوط التفويض التشريعي بحل مجلس الأمة ، أنظر في هذا الاتجاه : عادل الطبطبائي : ص 602 . بينمـا رأي بعض أخر عدم سـقـوط التفـويض وإن كـان حل المجلس يؤدي إلي فـقـد قـانون التفويض لشرط من شروط تطبيقه ، انظر في هذا الاتجاه : عثمان عبد الملك ص 424 .

القيد الثالث : عرض المراسيم التفويضية على السلطة التشريعية، فعادة ماتفرض القوانين الصادرة من السلطة التشريعية بتفويض السلطة التنفيذية في اصدار مراسيم التفويض عرض المراسيم التفويضية في نهاية مدة التفويض على السلطة التشريعية للنظر في مصيرها ، تطبيقاً لذلك فقد اشترط قانون التفويض رقم 23 لسنة 1967[1] عرض المراسيم بقوانين التي تصدر بمقتضاه على مجلس الأمة قبل نهاية مدة التفويض بخمسة عشر يوماً على الأقل للتصديق عليها، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوه القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ماكان لها من قوة القانون من تاريخ قرار المجلس إلا إذا رأي المجلس في كلتا الحالتين ان الآثار التي ترتبت عليها تجدر تسويتها على وجه آخر[2] .

لكن إذا لم يستوجب قانون التفويض الصادر من مجلس الأمة عرض التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية عليه فلا يكون هذا العرض لازماً .

---

(1) الذي أقره مجلس الأمة الكويتي في 5/6/1967 أثر العدوان الغاشم على بعض الدول العربية.

(2) وذلك على خلاف المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة استناداً إلى المادة (71) من الدستور ، فهذه المراسيم – أي: مراسيم الضرورة – يزول ماكان لها من قوة القانون بأثر رجعي إذا لم يقرها مجلس الأمة .

الفرع الثالث

القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية

في حالة غياب الحياة النيابية

138 – إذا كان سن التشريعات العادية هو من اختصاص السلطة التشريعية، أي: البرلمان أو المجلس التشريعي ، فإن ذلك يفترض قيام الحياة البرلمانية ، فإذا لم تكن هذه الحياة قائمة فإن الاختصاص بوضع هذه التشريعات يثبت بصفة مؤقتة ، وإلى حين قيام الحياة النيابية، للسلطة التنفيذية .

وتتميز القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة غياب الحياة البرلمانية بكونها قوانين قائمة بذاتها ونافذة من تاريخ صدورها لكونها صادرة من سلطة فعلية عليا انعقد لها الاختصاص بالتشريع بسبب غياب السلطة المختصة أصلاً بالتشريع ، وتستمر هذه القوانين في النفاذ حتى بعد عودة الحياة النيابية وممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي ، مالم تقم هذه السلطة بسن قوانين جديدة باتباع الإجراءات التشريعية المعتادة.

ومانقصده بغياب السلطة التشريعية في هذا الصدد هو عدم قيام الحياة النيابية أصلاً ، أي: انعدامها ، وليس مجرد غيابها المؤقت ، أي: عدم قيامها لكون المجلس التشريعي في حالة حل أو في إجازة مابين ادوار إنعقاده ، أو فيما بين فصوله التشريعية. من هنا فإن القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة انعدام الحياة البرلمانية وعدم قيامها أصلاً تختلف عن القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة استناداً إلى المادة (71) من الدستور الكويتي.

فهذه الأخيرة يسري عليها الحكم الذي قررته المادة (71) من الدستور، أي: وجوب عرضها على مجلس الأمة ، على الوجه الذي سبق لنا أن أوضحناه ، وإلا زال ما كان لها من من قوة القانون ، أما القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة غياب الحياة النيابية أو البرلمانية أصلاً فلا تخضع لحكم المادة (71) ، ومن ثم فلا تعرض على السلطة التشريعية عند عودة الحياة النيابية ، ولا تزول قوتها القانونية عند عودة المجلس التشريعي ، مالم يلغها بقوانين أخرى لاحقة ، ومن ثم فلا يكفي لإلغائها قرار يصدره المجلس التشريعي بعدم اقرارها ؛ لأن هذه القرارات لاتعتبر تشريعات بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة [1].

غير أن عدم وجوب عرض التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة انعدام الحياة البرلمانية لايشمل حالة غياب هذه الحياة البرلمانية إثر حل البرلمان ، أي: السلطة التشريعية؛ إذ وفقاً للمادة (71) من الدستور الكويتي يتعين عرض التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية في هذه الحالة على مجلس الأمة ليقرر بشأنها ما يراه . بذلك يكون المقصود بانعدام الحياة النيابية ، عدم قيامها أصلاً في البلاد ،

(1) أعمل القضاء الكويتي التفرقة بين الاعمال التشريعية والقرارات البرلمانية بمناسبة تصديه لقرار مجلس الأمة الصادر في 11/1/1994 بعدم إقرار المرسوم بقانون رقم 35 لسنة 1990 في شأن محاكمة الوزراء والذي كانت قد أصدرته السلطة التنفيذية في أثناء فترة حل مجلس الأمة ، فقد ميز القضاء الكويتي فيما يتعلق باختصاص مجلس الأمة بين اختصاصه التشريعي المتمثل في وضع قوانين تتضمن قواعد عامة ومجردة وفقاً للإجراءات المرسومة دستورياً، وبين الاعمال الأخرى غير التشريعية التي يطلق عليها اصطلاح الأعمال البرلمانية ، وهي جميع الأعمال القانونية والمادية التي ليس لها صفتا العمومية والتجريد والتي تصدر من المجلس التشريعي أو من أحد لجانه أو أحد أعضائه وهم بصدد القيام بوظائفهم المخولة لهم بموجب الدستور خارج نطاق وظيفة التشريع ، ولاتعد هذه الأعمال اعمالاً تشريعية مما يبعدها عن مفهوم القوانين أو المراسيم بقوانين أواللوائح ، وبناء على ذلك قررت المحكمة الدستورية عدم اختصاصها برقابة هذه الأعمال غير التشريعية.
راجع الحكم الصادر من المحكمة الدستورية في 29/6/1994 مجلة القضاء والقانون ، يونيو 1995 ، ص14.

وليس مجرد غيابها المؤقت بسبب حل المجلس التشريعي أو وقف جلساته [1].

---

(1) أخذ القضاء الكويتي بوجهة نظر أخرى، ورأي أن التشريعات الصادرة في أثناء حل المجلس التشريعي هي في الواقع قوانين قائمة بذاتها ونافذة لصدورها من سلطة فعلية انعقدت لها السلطة التشريعية، ومن ثم فلا تنطبق عليها المادة (71) من الدستور. غير أن هذا الحكم لايمكن تعميمه لكونه صدر بمناسبة المرسوم بقانون رقم 35 لسنة 1990في شأن محاكمة الوزراء، وهذا القانون قد صدر بموجب مرسوم أميري في 12 يونيه 1990 وعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في 17/6/1990 وذلك في فترة غياب الحياة النيابية تنفيذاً للأمر الأميري الصادر في 3/7/1986، والذي نص في مادته الثانية على أن : «يتولى الأمير ومجلس الوزراء الاختصاصات المخولة لمجلس الأمة بموجب الدستور». فالقضاء الكويتي استند في اعتباره هذا القانون مستقلاً بذاته لايتعين عرضه على المجلس التشريعي في حالة عودته إلى أن السلطة التنفيذية أصبحت بمقتضى الأمر الأميري الآنف الذكر سلطة مختصة بالتشريع أصلاً إثر اندماج السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية.
راجع حكم محكمة الجنايات الصادر في 20/6/1995، غير منشور. وانظر في المزيد من التفاصيل: بدرية جاسر الصالح، التشريع الحكومي في الكويت: حالاته، قيوده، خضوعه لرقابة المحكمة الدستورية، مجلة الحقوق، يونيو 1995، ص 11، إبراهيم الحمود: الآثار المترتبة على رفض مجلس الأمة للمرسوم بقانون، مجلة الحقوق، س 18، ع 3، 1994 ص 589.

الفرع الرابع

اختصاص السلطة التنفيذية بوضع المعاهدات الدولية

« سلطة إبرام المعاهدات الدولية والتصديق عليها »

139 – تعتبر المعاهدات الدولية التي تبرم بين الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي مصدراً للقواعد القانونية؛ لذلك فهي تعد من هذه الوجهة في حكم القانون ، ولكونها توضع كتابة فهي تعد تشريعاً ، وتلتزم المحاكم الوطنية بتطبيقها كما تلتزم بتطبيق التشريعات الأخرى[1] .

وتأتي المعاهدات الدولية المتضمنة قواعد قانونية في مرتبة التشريعات العادية ، فهي أدنى من التشريع الدستوري ، وأسمى من التشريع الفرعي .

وتمر المعاهدات الدولية بصدد إبرامها بثلاث مراحل ، تبدأ بمرحلة المفاوضات، ثم التوقيع ، وتنتهي بالتصديق عليها ، وهي وإن وجدت وقامت من الناحية المادية باكتمال المرحلتين الأولى والثانية، أي المفاوضة والتوقيع ، فإنها لاتصبح ملزمة للأطراف إلا بالتصديق عليها.

وتستقل السلطة التنفيذية بمرحلة المفاوضة "La negociation" أي مناقشة موضوع المعاهدة وتبادل وجهات النظر بين أطرافها توصلاً إلى اتفاق مشترك ترتضيه أطراف المعاهدة .

كذلك تستقل السلطة التنفيذية بالتوقيع على المعاهدة ، والتوقيع على المعاهدة، الذي غالباً ما يتم بالاحرف الأولى، لايلزم الأطراف الموقعة عليها بصفة نهائية.

---

(1) ويقتصر ذلك على تلك المعاهدات الدولية المسماه بالمعاهدات الشارعة.

أما التصديق على المعاهدة "La Ratification" وهو الذي يمنحها القوة الملزمة، وبه تصبح المعاهدة قانوناً في قوة التشريع العادي، وتلتزم بها الدولة فتطبقها محاكمها ويتقيد بها أفرادها ، هذا التصديق تختلف الدساتير في شأنه من حيث تحديد السلطة التي تملكه ، فبعض الدساتير تجعله من اختصاص السلطة التنفيذية وحدها [1] أياً كان موضوع المعاهدة وأياً كانت أهميتها. وبعضها الآخر يجعل التصديق على المعاهدات بجميع أنواعها للسلطة التشريعية دون مشاركة من السلطة التنفيذية [2] .

وبعض ثالث ، وهو يمثل الاتجاه السائد ، يجعل الأصل العام في التصديق على المعاهدات الدولية للسلطة التنفيذية ، ولكنه يستثنى من ذلك بعض المعاهدات ذات الأهمية الخاصة ليجعل تصديقها من اختصاص السلطة التشريعية.

140 - وقد أخذ الدستور الكويتي بهذا الاتجاه الأخير ، فنص في مادته رقم (70) على أنه « يبرم الامير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية ، على أن معاهدات الصلح والتحالف ، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة ، والإقامة ، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون . ولا يجوز في أي

(1) انظر في هذا الاتجاه دستور دولة الإمارات العربية ، والدستور الفرنسي الصادر سنة 1852 والدستور الألماني الصادر سنة 1871 .

(2) انظر في هذا الاتجاه الدستور الفرنسي الصادر سنة 1791 ، وأيضاً الدستور الصادر سنة 1793 ، والدستور الصادر سنة 1848 .

حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية».

وكما يتضح من النص تستقل السلطة التنفيذية في الكويت، أي: الحكومة، بابرام المعاهدات والتصديق عليها كأصل عام[1]، ويستثنى من ذلك المعاهدات التي حددتها المادة (70) من الدستور. فيجب على السلطة التنفيذية بعد التوقيع عليها أن تعد بشأنها مشروع قانون يعرض على مجلس الأمة للموافقة عليه أو رفضه، فإن وافق المجلس على مشروع القانون المتضمن المعاهدة، يرفع إلى الأمير للتصديق عليه. ويعد هذا التصديق تصديقاً على المعاهدة فيعقبه إصدار القانون، ثم نشره بالجريدة الرسمية[2].

والمعاهدات الدولية بنوعيها، سواء كانت من تلك المعاهدات التي تنفرد السلطة التنفيذية بإبرامها والتصديق عليها دون الحاجة لموافقة السلطة التشريعية، أو كانت مما تحتاج إلى موافقة السلطة التشريعية لنفاذها، تعد في حكم القانون أي: التشريع العادي من حيث القوة[3]، فإذا تعارض نص ورد فيها مع نص ورد في قانون آخر تعين تغليب نص المعاهدة إذا كانت لاحقة في نفاذها على هذا القانون، بينما يغلب نص القانون إذا كان نفاذه لاحقاً على نفاذ المعاهدة[4].

---

(1) ويتم التصديق على المعاهدات بمرسوم أميري يتم نشره بالجريدة الرسمية على الوجه المتبع بالنسبة للتشريعات العادية. وإذا كان الدستور قد أوجب إبلاغ مجلس الأمة بهذه المعاهدات فإن المجلس لايملك مناقشتها ولا التصويت عليها، وكل ماله من سلطة هو أن يبدي بشأنها ما يراه من ملاحظات، وهذه الملاحظات لاتؤثر على تصديق السلطة التنفيذية على المعاهدة والتقيد بها.

(2) ويلاحظ أن دور مجلس الأمة يقتصر على الموافقة على مشروع المعاهدة أو رفضه، فلا يملك التعديل فيه.

(3) فإن صدرت بمرسوم بقانون كانت في حكم المرسوم بقانون، وإن صدرت بقانون كانت في حكم القانون، وتظهر أهمية ذلك فيما يتعلق بإلغاء المعاهدة، حيث يتعين أن يتم الإلغاء بنفس الاداة التي أصدرتها أو بأداة أعلى منها.

(4) تضع بعض الدول مثل فرنسا المعاهدة في مرتبة أعلى من التشريع العادي، وأدنى من التشريع الدستوري لذلك لايطبق القضاء الفرنسي التشريعات الداخلية العادية - القوانين - التي تعارض=

البند الثالث

إجراءات التشريع الفرعي

« السلطة اللائحية »

المقصود بالتشريع الفرعي :

141 – التشريع الفرعي ، أو اللائحة "le Reglement" هو قانون لكونه يتضمن قواعد عامة ومجردة ، ولأن قواعده مكتوبة فهو قانون مكتوب، أي: تشريع ، ولكنه تشريع فرعي؛ لأن قواعده تأتي في المرتبة بعد التشريع العادي لكونها تنظم مسائل أقل أهمية من تلك التي تنظمها التشريعات العادية ، لذلك كان إصدار اللوائح منوطاً بالسلطة التنفيذية، وليس بالسلطة التشريعية (1) .

ونظراً لصدور التشريع الفرعي « اللائحة» من السلطة التنفيذية فتكون بذلك عملاً إدارياً ، الأمر الذي يخضعها لرقابة القضاء الإداري ، على عكس الوضع بالنسبة للقانون العادي الذي يعد عملاً تشريعياً يبعد ، لهذا السبب ، عن رقابة القضاء الإداري .

= الاتفاقيات الدولية. أما اذا خالفت المعاهدة نصاً في الدستور فلا تطبق هذه المعاهدة مالم يعدل الدستور، ويعرف هذا النظام الذي يجعل للمعاهدات الدولية مرتبة وسطى بين الدستور والقانون العادي بنظام " Jus cogens"

راجع في هذا النظام وفي موقف القانون الفرنسي من المعاهدات الدولية : فرانسوا تريه :

François Thrré : Introduction générale au droit , Paris , dalloz - 1991,N 157 et s.

(1) ويتم وضع اللوائح عن طريق القرارات الادارية التنظيمية التي تتميز عن القرارات الفردية التي تخص أفراداً معينين أو وقائع معينة ،ولاتتضمن قواعد عامة ومجردة ، فلا تكون بذلك تشريعات ، واذا كانت اللائحة تعد قانوناً أو تشريعاً ، فهي تشريع من الناحية الموضوعية لتضمنها قواعد عامة ومجردة ، ولكنها لاتعد تشريعاً من الناحية الشكلية لصدورها من السلطة التنفيذية، وليس من السلطة التشريعية.

وتتقيد السلطة التنفيذية عند إصدارها اللوائح بالمجال المحدد لها، فلا يمكنها أن تقتحم المجال المحفوظ للقانون ، وإلا كانت متجاوزة لسلطتها فتبطل اللائحة، ولايكون لها وجود قانوني [1] .

واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية إما ان تكون تابعة للقوانين، أي: التشريعات العادية ، تضعها السلطة التنفيذية تنفيذاً لهذه القوانين ، وتسمى عندئذ باللوائح التنفيذية ، وإما أن تكون لوائح مستقلة عن القوانين وقائمة بذاتها ، وهي على نوعين : لوائح الضبط ، واللوائح التنظيمية. والآتي كلمة موجزة عن كل نوع من هذه اللوائح .

(أ) – اللوائح التنفيذية :

142 – هي تشريعات فرعية تضعها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقوانين ، أي التشريعات العادية ، الصادرة من السلطة التشريعية ، وتتميز اللوائح التنفيذية بكونها تتعلق بتفصيلات وجزئيات يثيرها التطبيق العملي

(1) راجع رمزي الشاعر ، تدرج البطلان في القرارات الإدارية ، رسالة دكتوراه، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص 236 ، ويتحدد مجال أو نطاق اللائحة بما يتركه القانون لها ، فالقانون ، أي التشريع العادي، أعلى من اللائحة ، أي التشريع الفرعي ، فتكون له الأولوية في تنظيم سائر الموضوعات ، ولايكون للائحة الا دورٌ تبعيٌ يتمثل فيما يجيزه لها القانون إما بإحالة منه ، وإما بعدم تنظيمه ، طالما كان ذلك يدخل في نطاق الموضوعات غير المحفوظة للقانون ، فلا يجوز للائحة ، مثلاً ، أن تجرم أفعالاً معينة ، أو تضع لها عقوبات لم ينص عليها القانون .

بل ويترتب على تبعية اللائحة للقانون امكان تدخل السلطة التشريعية بإصدار تشريعات عادية تعيد بها تنظيم موضوعات معينة سبق تنظيمها بلائحة .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى التعديل الذي أدخله الدستور الفرنسي الصادر عام 1958، والذي عدل في العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة لصالح هذه الأخيرة ، فوفقاً للمادتين (34) ، (37) من الدستور المذكور أصبح للقانون مجال محدد لايجوز أن يتعداه، وماعدا هذا المجال أصبح من اختصاص اللائحة . وبذلك التعديل أصبح مجال القانون هو المحدد، أما مجال اللائحة فغير محدد ، بل وأصبح لها مجال محفوظ لها مقصور عليها لايجوز للقانون أن يقتحمه ، ويتمثل هذا المجال المحفوظ للائحة في مسائل الضبط الاداري ، ومسائل تنظيم المرافق العامة .

راجع في المزيد من التفاصيل : بدرية جاسر الصالح ، مجال اللائحة في فرنسا ، دراسة مقارنه ، مطبوعات جامعة الكويت 1990 .

للقوانين ؛ لذلك تستقل السلطة التنفيذية بوضعها باعتبارها أقدر على تعرفها والإحاطة بها .

ووفقاً للمادة (72) من دستور الكويت : « يضع الأمير ، بمراسيم ، اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لايتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها ، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لاصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه» .

ويتعين لصحة اللائحة التنفيذية أن تتقيد بالقيدين اللذين أوردتهما المادة (72) من الدستور: فيجب أولاً ، ألا تخالف التشريعات الأعلى منها، دستورية كانت أو عادية ، ومن ثم يتعين ألا تتضمن اللائحة تعديلاً لهذه التشريعات، أو تعطيلاً لها، أو إعفاءً من تنفيذها .

ويجب ثانياً، أن تصدر اللائحة بمرسوم أميري ، مالم يعين القانون الذي تصدر لتنفيذه أداة أدنى من المرسوم [1] ، كقرار وزاري يصدر من الوزير المختص [2] .

(ب) – لوائح الضبط الاداري :

143 – هي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية لحفظ الأمن والسكينة والصحة العامة، فباعتبار أن السلطة التنفيذية هي المسئولة عن حفظ النظام العام واقراره في المجتمع ، فيجب أن تخول الصلاحيات التي تمكنها من ذلك .

ووفقاً للمادة (73) من الدستور الكويتي يضع الأمير هذه اللوائح بمراسيم بما لايتعارض مع القانون. ولوائح الضبط الإداري لوائح مستقلة بذاتها لاتستند في صدورها إلى قانون سابق عليها .

---

(1) ويتعين لصحة المرسوم أن يوقع من رئيس مجلس الوزراء والوزير أو الوزراء المختصين .

(2) ومن أمثلة ذلك اللائحة التنفيذية لقانون المرور رقم (67) لسنة 1976 التي صدرت بقرار وزير الداخلية يحمل رقم (81) لسنة 1976 .

وحتى تأتي هذه اللوائح بثمارها فقد قررت المادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم (44) لسنة 1987 عقوبة جنائية على كل من يخالف أحكام هذه اللوائح بنصها على أنه : « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد مقررة قانوناً يعاقب كل من يخالف أحكام لوائح الضبط التي نصت عليها المادة (73) من الدستور بغرامة لاتجاوز مائة دينار» [1] .

(جـ) – اللوائح التنظيمية :

144 – هي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة ، وهي لوائح ذات صفة إدارية بحتة لانها تتعلق بتنظيم وإدارة العمل في المصالح والإدارات العامة للدولة.

وقد نظمت المادة (73) من الدستور الكويتي هذه اللوائح بنصها على أن الأمير يضع بمراسيم اللوائح اللازمة لترتيب المصالح والادارات العامة بما لايتعارض مع القوانين.

واللوائح التنظيمية لوائح مستقلة قائمة بذاتها فلا تستند في صدورها إلى تشريع عادي ، أي: قانون سبق صدوره من السلطة التشريعية [2] .

نشير أخيراً إلى أن وضع السلطة التنفيذية لكل من اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط الإداري يوضح لنا المجال اللائحي المستقل للسلطة التنفيذية لكونها تستقل بوضع هذه اللوائح بعيداً عن القوانين ، أي: غير تابعة في ذلك لقوانين سبق إصدارها .

---

(1) أضيفت هذه المادة إلى قانون الجزاء الصادر بالقانون رقم 16 لسنة 1960 ، الذي كان قد صدر خلواً من هذا النص على الرغم من أهميته للمحافظة على الأمن العام .

(2) ولاتحتاج اللوائح التنظيمية إلى جزاءات خاصة تكفل تنفيذها اكتفاء بالجزاءات التأديبية الخاصة بعمال الإدارة وموظفيها ، باعتبار أن أحكام هذه اللوائح تخاطبهم ولا تخاطب الأفراد .

المطلب الثالث

الصياغة القانونية

تمهيد :

145– تتناول دراستنا للصياغة القانونية أو التشريعية الموضوعات الثلاثة الآتية :–

أولاً : المقصود بالصياغة القانونية وأهميتها.

ثانياً : أنواع الصياغة القانونية .

ثالثاً: وسائل الصياغة القانونية .

ونتعرض فيما يأتي لكل من هذه الموضوعات تباعاً .

أولاً– المقصود بالصياغة القانونية وأهميتها :

146 – يقصد بالصياغة القانونية تحديد مضمون القواعد القانونية وصياغتها صياغة عملية واقعية ، واضحة ومحددة . ويترتب على صياغة القاعدة القانونية إخراجها من الحيز النظري إلى الوجود العملي الواقعي الملموس بما يحقق غايتها والهدف منها .

من هنا كانت الصياغة القانونية أو التشريعية وسيلة القاعدة القانونية لتحقيق غايتها، وهو تنظيم المجتمع وإقرار الأمن فيه.

وتتكون الصياغة القانونية أو التشريعية من الوسائل والطرق التي يمكن بواسطتها وضع قواعد قانونية محددة المعالم واضحة المعنى والمفهوم سهلة التطبيق . لذلك يشترط في الصياغة القانونية أن تكون دقيقة ومنطقية وملائمة للواقع الذي ستطبق عليه القاعدة القانونية ، فالصياغة القانونية هي التي تحول مادة وجوهر القاعدة القانونية من

مجرد أفكار نظرية إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق، ومن هنا تظهر أهمية مراعاة الدقة والوضوح في صياغة القاعدة القانونية؛ إذ يتوقف على هذه الصياغة نجاح القاعدة وتحقيقها لغرضها.

ويتعين على المشرع عند سنه وصياغته القواعد القانونية التقيد بالسياسة القانونية أو التشريعية ، التي تمثل الأهداف المراد تحقيقها من القاعدة أو القواعد القانونية.

أما مضمون القاعدة القانونية وجوهرها فيستخلصه المشرع من المعطيات الاجتماعية المختلفة التي تسود واقع الحياة وقت وضع التشريع ، وبصفة خاصة المعطيات الواقعية ، والمعطيات التاريخية والمعطيات المثالية ، فهذه المعطيات هي التي تقدم للمشرع مادة القواعد القانونية.

ثانياً – أنواع الصياغة القانونية :

147 – يصنف الفقه الصياغة القانونية عدة تصنيفات ، يأتي في مقدمتها التصنيفان الآتيان :-

(1) – الصياغة الجامدة والصياغة المرنة.

(2) – الصياغة المادية والصياغة المعنوية.

ونوضح فيما يأتي المقصود بكل نوع من أنواع الصياغة المذكورة.

(1) – الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

148– صياغة القاعدة القانونية قد تتم بطريقة جامدة تقيد القاضي عند تطبيقه للقاعدة ولا تترك له مجالاً للتقدير ، وقد تتم بطريقة مرنة تترك للقاضي مجالاً للتقدير مراعاة لظروف الواقع وملابساته ، وقد تتم الصياغة بالجمع بين الطريقتين.

(أ) – الصياغة الجامدة :

149– تكون الصياغة جامدة عندما تواجه فرضاً معيناً له حكماً ثابتاً لا يتغير بتغير ظروف الحال وملابسات الواقع؛ لذلك فلا يملك القاضي مع هذه الصياغة أية سلطة تقديرية نحو تطبيق القاعدة القانونية ، بل يقتصر دوره على التطبيق الآلي لها ، وهذا يضفي على الصياغة الجامدة ميزة الدقة في تحديد فرض القاعدة القانونية، وكذلك الحكم الذي تقرره [1].

وتتحقق الصياغة الجامدة بالعديد من الوسائل منها استخدام الأرقام الحسابية، وتطلب شكلية معينة ، واللجوء إلى أساليب الحصر والتحديد.

ومن أمثلة الصياغة الجامدة القواعد القانونية التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام ، والقواعد التي تحدد سن الرشد ، والقواعد التي تحدد مواعيد التقادم ، فمع الأرقام الحسابية لا يملك القاضي أية سلطة تقديرية في تطبيق القاعدة القانونية، فتكون بذلك قاعدة جامدة وليست مرنة ، وغالباً ما يسلك المشرع بصدد الصياغة الجامدة طريقة الحلول التفصيلية ، ومعها يتم تصور الحالات التفصيلية المتعددة المتوقع إثارتها وحدوثها في الواقع العملي ، ثم يعطي لكل حالة الحكم الذي يتلائم معها؛ لذلك يعيب هذه الطريقة أنها تكثر من النصوص والقواعد القانونية التي تتعرض للتفصيلات والجزئيات، وهذا أمر قد يفقد التشريع تناسقه وانسجامه ، ويعيب الصياغة الجامدة أيضاً أنها تغفل الاختلافات العملية بين الحالات المختلفة التي تطبق عليها.

غير أن الصياغة الجامدة تمتاز بأنها تعمل على استقرار المعاملات ، إضافة إلى سهولة تطبيقها بسبب ما تتضمنه من تحديد وانضباط ،

(1) راجع لمزيد من التفاصيل جيني ، العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي ، الجزء الثالث ، 1927 ، 188 ، ص 33 وبعدهما.

ومعرفة حكمها مسبقاً.

(ب) - الصياغة المرنة :

150- تكون صياغة القاعدة القانونية مرنة عندما تترك للقاضي عند تطبيقها قدراً من المرونة والتقدير للظروف الواقعية؛ ولذلك فهي لا تضع حلاً واحداً ثابتاً، وإنما تضع حلاً يتغير ويتنوع بتغير ظروف الحال ، من هنا تلجأ هذه الصياغة المرنة إلى استخدام المعايير المرنة والموجهات العامة ، كما تستخدم ألفاظاً وعبارات ينطوي تحديدها على كثير من التقدير.

ومن أمثلة الصياغة المرنة القواعد القانونية التي تترك للقاضي تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع [1] ، وكذلك القواعد التي تترك للقاضي تقدير الباعث القوي والمدة المعقولة فيما يتعلق بتطبيق شرط المنع من التصرف في الأموال في حالات معينة [2]، ومن أمثلتها أيضاً القواعد القانونية التي تخول لقاضي الموضوع إبطال العقد إذا كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب [3] .

وغالباً ما يلجا المشرع مع هذه الطريقة إلى أسلوب الحلول العامة أو المعايير المرنة التي تقوم على وضع حلول عامة مجردة تختلف باختلاف ظروف الحال ، وهذا يمكن القاضي من تحقيق العدل الواقعي ، أي العدالة ، وليس العدل المجرد ، الذي يتحقق مع الطريقة الأولى ، أي الصياغة الجامدة [4] .

---

(1) راجع المواد من 245 إلى 247 مدني كويتي .

(2) راجع المادة (815) من القانون المدني.

(3) انظر المادة (72) من القانون المدني التي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو لحسن الآداب ، وقع العقد باطلاً»، والمادة (176) مدني التي تبطل العقد إذا كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

(4) ويختلف العدل عن العدالة ، فالعدل "justice" يقوم على المساواة المجردة التي لا تعتد بتفاوت ظروف الحال ، لذلك فهو يتطلب حكماً واحداً لكل المراكز المجردة المتماثلة.
أما العدالة "equité" فتفترض الاختلاف في الحكم تبعاً لاختلاف ظروف الحال ، فهي تتطلب تفريد=

وتتميز الصياغة المرنة بأنها تمكن القاضي ، بما تترك له من سلطة تقديرية ، من الملاءمة بين ما تقضي به القاعدة القانونية من أحكام وبين ظروف الواقع التي تحيط بالنزاع المعروض ، وذلك يمكنه من تحقيق العدالة.

ولكن يعيب هذه الصياغة أنها قد تؤدي إلى اختلاف الحلول القضائية تبعاً لاختلاف وجهات نظر القضاة وطرق تقديرهم ، يعيب هذه الطريقة أيضاً ما تحتاجه من وقت وجهد له تأثيره في تعطيل العمل القضائي ، هذا بالإضافة إلى أنه يصعب على الأفراد ، مع هذه الصياغة ، معرفة حكم القاعدة القانونية سلفاً .

(ج) - الجمع بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

151- قد تصاغ القاعدة القانونية بأسلوب يجمع بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، ومن أمثلة ذلك قواعد القانون الجنائي التي تفرض حدين للعقوبة : حد أقصى وحد أدنى، وترخص للقاضي الحكم بينهما إما بالحد الأقصى، وإما بالحد الأدنى، وإما بعقوبة وسط بينهما . ففي فرض حد أقصى للعقوبة لا تتجاوزه ، وحد أدنى لا تقل عنه يظهر جمود هذه القاعدة . أما مرونتها فتظهر في سلطة القاضي في الحكم بما يراه فيما بين الحدين أو بإحدى العقوبتين وفقاً للظروف الملابسة.

وميزة هذا النوع من الصياغة أنه يجمع بين مزايا الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، ويستبعد في الوقت نفسه عيوبهما ، ولكن يعيب هذه الصياغة المزدوجة ضيق مجالها، فلا يمكن إعمالها بالنسبة لجميع القواعد القانونية ، وإنما تقتصر على تلك فقط التي تستوعبها.

152 – من عرضنا السابق لأنواع الصياغة القانونية يتبين لنا تعددها

= الحكم وتنويعه وليس تعميمه وتوحيده ، فالعدالة تقوم على المساواة الواقعية، وليست المساواة المجردة كما في العدل.

واختلافها من حيث مضمونها ومجالها ، وكذلك من حيث مزاياها وعيوبها ، فما يصلح منها لقاعدة معينة قد لا يصلح لقاعدة أخرى ، لذلك يتعين عند صياغة القاعدة القانونية اختيار أسلوب الصياغة الذي يتلاءم معها، ويحقق الهدف منها ، فإذا كانت الصياغة الجامدة يعيبها أنها تسلب القاضي حرية التقدير ، فذلك أمر مطلوب بالنسبة لبعض القواعد القانونية كتلك التي تحدد سن الرشد ومواعيد التقادم.

وإذا كانت الصياغة المرنة يعيبها أنها تؤدي إلى تنوع الأحكام فإن ذلك يكون مطلوباً بالنسبة لبعض القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق العدالة وملاءمة حكم القانون لظروف الواقع.

وهكذا نجد أن المشرع ملزم بالتنويع بين الصياغة الجامدة أحياناً والصياغة المرنة أحياناً أخرى، والجمع بينهما أحياناً ثالثة ، وليس ملزماً باختيار صياغة واحدة ، ويتوقف ذلك على طبيعة القاعدة القانونية المراد صياغتها والهدف منها.

(2) – الصياغة المادية والصياغة المعنوية :

153 – تصنف الصياغة القانونية من حيث تجسيدها لمضمون القاعدة القانونية وكيفية التعبير عنها إلي صياغة مادية وصياغة معنوية .

(أ) – الصياغة المادية :

154 – تتحقق الصياغة المادية عندما يتم التعبير عن مادة وجوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً خارجياً محسوساً ، سواء تم ذلك باللجوء إلى الأرقام ، أو بتطلب شكل معين ، أو غير ذلك من طرق الصياغة المادية، ومن أمثلة استخدام الأرقام الحسابية في النصوص القانونية المادة (903 / ب) من القانون المدني الكويتي التي تسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بها خلال ثلاثة أشهر من

يوم تسجيل البيع أن كان المبيع عقاراً . ومن أمثلة تطلب شكل معين في بعض التصرفات القانونية المادة (972) مدني كويتي التي تشترط الرسمية لانعقاد الرهن الرسمي.

(ب) - الصياغة المعنوية :

155- تتحقق الصياغة المعنوية عندما يلجأ المشرع إلى العقل والمنطق في تحديد مضمون القاعدة؛ لذلك تتصف هذه الصياغة بكونها منطقية أو عقلية بحتة.

ثالثاً - وسائل الصياغة القانونية :

156 - وسائل الصياغة القانونية متعددة ومتنوعة ، بعض منها يجعل من القاعدة القانونية قاعدة جامدة لا تترك للقاضي عند إعمالها مجالاً للتقدير والمواءمة ، وبعض آخر يترك له قدراً من حرية التقدير.

من ناحية أخرى فهناك وسائل للصياغة المادية للقاعدة القانونية ، وهناك وسائل أخرى لصياغتها صياغة معنوية.

ونوضح فيما يأتي أهم وسائل الصياغة القانونية التي يلجأ إليها المشرع عند سنه للقوانين المختلفة .

(أ) - استخدام التحديد الكمي :

157 - يقصد باستخدام التحديد الكمي إحلال الكم بدلاً من الكيف ، أي استخدام الأرقام الحسابية في النصوص القانونية بقصد إعطاء القاعدة القانونية تحديداً ثابتاً محكماً ، فيجعل تطبيق القاعدة أمراً سهلاً ميسوراً لا يملك معه القاضي سلطة تقديرية، ولا يحتاج للاجتهاد في التفسير لاستخلاص مضمون القاعدة القانونية.

ومن تطبيقات هذه الصياغة تحديد سن الرشد ، أي صلاحية

الشخص لمباشرة الحقوق المدنية ، بسن معينة [1] ، وكذلك الشأن بالنسبة لتحديد مدة التقادم، وأنصبة الورثة ، حيث يستعان في مثل هذه الحالات بالأرقام الحسابية للتعبير عن الأفكار القانونية التي تتضمنها القاعدة القانونية [2] .

وتعد وسيلة التحديد الكمي من وسائل الصياغة المادية الجامدة للقاعدة القانونية .

(2) – اللجوء إلى الشكليات :

158 – يقصد بالشكل أو الشكليات الصورة الخارجية التي يتعين اتباعها عند ترتيب آثار قانونية معينة ، كاشتراط الكتابة بالنسبة لبعض التصرفات القانونية ، واشتراط الرسمية بالنسبة لبعض آخر.

كما تشمل الشكلية ما قد يتطلبه المشرع من إجراءات معينة يتعين مراعاتها كإجراءات التقاضي والطعن في الأحكام وتنفيذها.

وكانت الشكلية أمراً ضرورياً وشرطاً جوهرياً للتصرفات في بعض الأنظمة القانونية القديمة ، بصفة خاصة القانون الروماني ، ولكنها اندثرت في الوقت الحالي، ولم تعد مقررة إلا في حالات استثنائية قليلة يكون القصد منها تحقيق أهداف معينة، منها التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات ، ووجوب التروي قبل الإقدام عليها ، وتسهيل عبء الإثبات ، واستقرار المعاملات ، وحماية الغير ، عندئذ لا تكون الشكلية مطلوبة

---

(1) فلا يعقل في هذه الحالة اللجوء إلى الصياغة المرنة التي تترك تحديد السن لتقدير القاضي ، كأن يقال مثلاً: إن الأهلية القانونية « أهلية الأداء» تكتمل لدى كل من يكتمل لديه العقل والإدراك ، وإلا صادف القاعدة الكثير من المنازعات والخلافات .

(2) يؤخذ على أسلوب التحديد الكمي في صياغة القواعد القانونية أنه لا يعبر دائماً عن حقيقة الواقع ، فتأتي القاعدة القانونية في بعض الحالات بعيدة عن واقع الحياة بظروفها وملابساتها المختلفة ، غير أن هذا الأسلوب يكون في بعض الحالات هو الأسلوب الأفضل لأن هناك من القواعد القانونية ما لا يستقيم تطبيقها عملياً إلا باللجوء إليه تحقيقاً للطمأنينة واستقرار التعامل .

لذاتها ، وإنما لتحقيق الهدف الذي قصده المشرع.

واللجوء إلى الشكليات والإجراءات يعد من وسائل الصياغة المادية للقاعدة القانونية ، وهي في الوقت نفسه صياغة جامدة .

والشكلية قد يتطلبها المشرع باعتبارها شرطاً لإبرام التصرف القانوني إبراماً صحيحاً ، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي [1] ، وهبة العقار[2] ، حيث يتطلب المشرع إبرام هذه التصرفات في شكل رسمي لا يقوم التصرف بدونه.

وقد يتطلبها للإثبات فقط ، من ذلك ضرورة الكتابة لإثبات التصرف الذي تزيد قيمته على مبلغ معين [3]، وكذلك تطلب الكتابة لإثبات بعض العقود كالصلح[4] إعمالا للمادة (555) مدني كويتي .

وقد تكون الشكلية لمجرد شهر بعض التصرفات لاعلام الأفراد بها، وترتيب بعض آثارها خاصة في التصرفات العقارية [5].

(3) – القرائن القانونية :

159– يقصد بالقرائن القانونية استنتاج أو افتراض تحقق واقعة معينة من تحقق واقعة أخرى قريبة الصلة بها [6]؛ لذلك فإن القرائن القانونية لا

---

(1) فوفقاً للمادة (972) من القانون المدني الكويتي لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذ كان بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون .

(2) راجع المادة (525) مدني كويتي التي تقرر « لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي».

(3) وفقاً للمادة (39/ 1) من قانون الإثبات الكويتي لايجوز إثبات ما تزيد قيمته على خمسة آلآف دينار إلا بالكتابة .

(4) انظر المادة (555) مدني التي تنص على أنه « لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي» .

(5) وسواء تطلبت الصياغة القانونية شكلاً معيناً أو إجراء خاصاً ، فيجب استيفاؤه حتى يتحقق الأثر القانوني للقاعدة .

(6) فمع القرينة القانونية يؤخذ أمر أو واقعة غير مؤكدة على أنها مؤكدة لاحتمال ذلك وفقاً للمألوف والغالب في العمل ، بمعنى أن الشك يؤخذ مع القرائن القانونية على أنه يقين ما لم يثبت العكس .

تقوم دائماً على الجزم واليقين ، وإنما تقوم على مجرد الاحتمال ، وإن كان احتمالاً يغلب وقوعه [1] . والقرائن القانونية من أساليب الصياغة المعنوية للقاعدة القانونية .

أنواع القرائن القانونية :

160- القرائن القانونية متعددة الأنواع : فمن حيث موضوعها منها ما يتعلق بالقواعد القانونية الموضوعية ، حيث يستند مضمون القاعدة القانونية أو حكمها على القرينة ، ومن ثم تقوم القرينة عندئذ بتسويغ القاعدة ذاتها، وتندمج في موضوعها ، ومن القرائن القانونية ما يتعلق بالإثبات والقواعد الإجرائية بصفة عامة ، حيث تقتصر مهمة القرينة عندئذ على تيسير عبء الإثبات دون التعرض للأحكام الموضوعية [2] .

ومن أمثلة القرائن القانونية الموضوعية القاعدة التي تحدد سن الرشد بواحد وعشرين سنة ، فهذه القاعدة تقوم على قرينة مفادها اكتمال العقل والتمييز في هذه السن استناداً إلى الوضع المعتاد والمألوف[3]، ومن أمثلة قرائن الإثبات القاعدة التي تجعل الحيازة قرينة على الحق المحاز [4] .

---

(1) يقتصر كلامنا على القرائن القانونية ولا يشمل القرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من وقائع النزاع المعروض عليه.

(2) فالهدف من قرائن الإثبات تيسير عبئه على من يتحمله بإعفائه من إثبات الواقعة الأصلية المكلف بإثباتها أصلاً والسماح له بإثبات واقعة أخرى أيسر إثباتاً ، ويمكن بثبوتها استنتاج ثبات الواقعة الأصلية .

(3) والواقع أننا نبعد عن مجال القرينة في هذه الحالة ونكون في حقيقة الأمر بصدد قاعدة موضوعية يقررها المشرع .

(4) انظر المادة (923) مدني التي تنص على أنه « من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني أخر ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس» فهذه المادة تفترض أن حائز الشيء يكون صاحبه أو صاحب الحق الذي يحوزه ما لم يثبت عكس ذلك ، وهذا بخلاف ما تنص عليه المادة (937) مدني التي تقرر قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، فهذه المادة لا تقتصر على افتراض ملكية المنقول لحائزه ، وإنما تكسبه هذه الملكية أو غيرها من الحقوق العينية التي يحوزها ، فالحيازة إذن قد تكون مجرد قرينة أو دليل على الحق وقد تكسب الحق ، راجع مؤلفنا في الحقوق العينية الأصلية،=

وفي مجال الإثبات بصفة خاصة – حيث يلجأ المشرع إلى القرائن القانونية لتعذر الإثبات المباشر – الأصل أن تكون القرينة القانونية بسيطة تقبل إثبات العكس ، ولكنها قد تكون مطلقة لا يمكن إثبات عكسها ، فقرائن الإثبات – إذن – قد تكون بسيطة، وهذا هو الأصل ، وقد تكون مطلقة استثناء.

(أ) – القرينة البسيطة :

161– القرينة البسيطة هي التي يقيمها المشرع ويسمح بإثبات عكسها ، فالحكم الذي تقرره هذه القرينة غير نهائي، وإنما يقبل إثبات عكسه.

ومن أمثلة هذه القرينة اعتبار المفقود ميتاً متى غلب على الظن هلاكه، واعتبار وجود سند الدين بيد المدين دليلاً على سداده الدين [1] ، واعتبار الوفاء بالأجر عن وحدة زمنية معينة قرينة على الوفاء بالأجرة عن المدة السابقة [2] .

فمثل هذه القرائن تقوم على افتراض بسيط وليس افتراضاً مطلقاً أو نهائياً ، لذلك يجوز معها إثبات عكس ما تفترضه.

(ب) – القرينة المطلقة :

162– تكون القرينة مطلقة أو قاطعة عندما لا يجيز المشرع نقضها بإثبات عكس الافتراض الذي قامت عليه ، بل يجعل منها أمراً ثابتاً نهائياً ، والحقيقة أننا لا نكون في هذه الحالة بصدد قرينة بالمعنى الدقيق ، بل بصدد حكم موضوعي قرره المشرع لعلة معينة، فإذا أجاز إثبات عكس

= الجزء الثاني ، أسباب كسب الملكية ، الكويت 1991 ، ص 240 وبعدها.

(1) انظر المادة (146) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984 التي نصت على أنه « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي وذلك بعد التحري لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً .

(2) من ذلك أيضاً قيام مسئولية متولي الرقابة استناداً إلى افتراض خطئه وتقصيره في الرقابة على الخاضع لها ما لم يثبت عكس ذلك ، راجع المادة (238) مدني كويتي .

ما افترضه لم يتحقق الهدف الذي يسعي إليه.

ومن القرائن المطلقة المهمة التي استحدثها المشرع الكويتي في القانون المدني رقم 67 لسنة 1980 ما نصت عليه المادة (935) من جعل التقادم الطويل دليلاً على الحق المجاز [1].

ومن أمثلة القرينة المطلقة أيضاً – ما تقرره المادة (243) مدني كويتي من مسئولية حارس الشيء الذي يتطلب حراسة خاصة عن الأضرار التي يحدثها هذا الشيء، حيث يرى جانب من الفقه أن هذه المسئولية تقوم على افتراض الخطأ في جانب الحارس افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، والادق هنا – في نظرنا – القول إن هذه المادة تقرر حكماً موضوعياً هو عدم الحاجة إلى فكرة الخطأ لقيام مسئولية حارس الأشياء [2].

(4) – الحيل القانونية :

163– يقصد بالحيل القانونية – أي الافتراض أو المجاز القانوني– افتراض حكم أوامر غير حقيقي لكي نستخلص منه نتائج قانونية معينة [3]، كما

---

(1) فقد نصت المادة (935) من القانون المدني على أنه : « من حاز عقاراً أو منقولاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حقي عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق، ويحكم له به، إذا ا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه».
والواقع أن هذه المادة تقرر – من وجهة نظرنا – قاعدة موضوعية وليس مجرد قاعدة إثبات. راجع لمزيد من التفاصيل مؤلفنا في أسباب كسب الملكية، ط (1) الكويت 1991 فقرة 302، ص 308 وبعدها.

(2) ومن أمثلة القرينة المطلقة أيضاً قرينة الحقيقة القضائية، وبمقتضاها أن صدور حكم قضائي فاصل يعد قرينة قانونية على صحة القضاء الوارد به، ولا تجوز مناقشته إلا عن طريق الطعن فيه وفقاً لطرق الطعن في الأحكام المقررة قانونياً، فإن لم يكن هناك وجه للطعن في الحكم صار له قوة الأمر المقضي فيه. فهذه القاعدة تستند على قرينة قانونية مطلقة تفترض أن الحكم الصادر من المحكمة تعبيراً عن الحقيقة.

(3) فمع المجاز القانوني يكون الافتراض مخالفاً للحقيقة تماماً ومتعمداً، بعكس القرائن القانونية فمعها يكون الافتراض محتملاً قريباً من الحقيقة لكونه يستند إلى الغالب والمألوف.

هو الحال بالنسبة لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص [1]، واعتبار العقار منقولاً بحسب المآل [2].

فالحيل القانونية ، وإن كانت تقوم على الافتراض كما هو الشأن بالنسبة للقرائن ، فإنه افتراض يخالف الواقع والحقيقة تماماً ، هو افتراض كاذب ، ولذلك يسميها البعض بالكذب القانوني.

ولأن الحيل القانونية تقوم على افتراض يخالف الواقع فيجب عدم التوسع في استخدامها، ومراعاة الحذر في تطبيقها، واستخلاص النتائج المترتبة عليها حتى لا تتعدى الغاية منها.

وتعد الحيل القانونية من أساليب الصياغة المعنوية للقاعدة القانونية.

(5) – أسلوب الحصر والتحديد :

164– يتحقق أسلوب الحصر والتحديد في صياغة القاعدة القانونية عندما يفرض المشرع قاعدة محددة حاسمة، ولا يترك للقاضي حرية التقدير بالقياس عليها، ففي قانون الجزاء ، وإعمالاً لمبدأ شرعية العقوبات الذي يقرر لا جريمة ولا عقوبة دون نص ، يقتصر التجريم على الأفعال التي ورد بها نص يجرمها ، ولا يستطيع القاضي أن يجرم فعلاً غير منصوص عليه قياساً على فعل آخر ورد بشأنه نص يحرمه ، لذلك فلا يجوز للقاضي أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل الاختلاس

---

(1) والعقارات بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها رصدها مالكها لخدمة عقار يملكه فتأخذ حكم هذا العقار نتيجة تخصيصها له ، ومن أمثلتها الآلات الزراعية والماشية التي يرصدها مالكها لخدمة أرضه . وتعرف المادة (25) مدني العقار بالتخصيص بأنه المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمته واستغلاله.

(2) والمنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته، ولكنه يعامل على أنه منقول باعتبار ما سيؤول إليه في المستقبل القريب . راجع المادة (24) مدني التي تعتبر العقار منقولاً إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول ، ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار.

في جريمة السرقة ليقرر أن من يحصل دون وجه حق على منفعة شيء مملوك لغيره يعد سارقاً.

يتحقق أسلوب الحصر والتحديد - أيضاً - عندما تضع القاعدة القانونية حكماً معيناً بشروط محددة بحيث لا ينطبق هذا الحكم إلا إذا توافرت شروطه ، ومن أمثلة ذلك القاعدة التي تحدد شروط اكتساب الجنسية الكويتية.

وكما يتضح لنا يمثل أسلوب الحصر والتحديد صياغة جامدة للقاعدة القانونية لكونه لا يترك للقاضي مجالاً للتقدير.

(6) - أسلوب التمثيل :

165- يتحقق أسلوب التمثيل عندما يقرر المشرع القاعدة القانونية، ويقوم بتوضيحها وتفسيرها بضرب الأمثلة لها ، عندئذ لا يقتصر حكم القاعدة على الأمثلة التي ضربتها ، وإنما يمتد لكل حالة أخرى مماثلة.

وأسلوب التمثيل أسلوب مادي لصياغة القاعدة القانونية ، ولكنه أسلوب مرن.

(7) - المعايير المرنة :

166- كثيراً ما يلجأ المشرع ، بقصد صياغة القاعدة القانونية صياغة مرنة تترك للقاضي قدراً من التقدير ومراعاة ظروف الواقع ، إلى المعايير العامة المرنة التي تمثل موجهات عامة تعين القاضي على إعمال حكم القانون.

ومن أمثلة المعايير العامة فكرة النظام العام والآداب العامة التي جعل المشرع من مخالفتها سبباً لبطلان التصرفات القانونية ، فهذه الفكرة يصعب تحديدها تحديداً دقيقاً لذلك يترك القانون تقديرها للقاضي ،

عندئذ يكون القاضي مقيداً بمعيار مرن، وليس معياراً جامداً [1] .

167– نشير أخيراً إلى أن وسائل الصياغة السابق ذكرها ليست على سبيل الحصر ، بل هناك وسائل أخرى متعددة منها : استعمال المصطلحات القانونية ، ووضع تعاريف قانونية محددة لبعض الأفكار القانونية ، واللجوء إلى التصنيف والتقسيمات [2] .

---

(1) من تطبيقات المعايير المرنة أيضاً معيار الغبن الفاحش الذي نصت عليه المادة (163) من القانون المدني ، ومعيار الضرر الفاحش غير المألوف (المادة 30/ د مدني)، والتعويض العادل المنصوص عليه في العديد من نصوص القانون المدني .

(2) انظر في هذه الوسيلة ، عبد الحي حجازي ، القانون – ص 416 ، فقرة رقم 327 .

المطلب الرابع

تجميع القواعد القانونية

« المدونات القانونية »

تدوين أو « تقنين» قواعد القانون :

168 – تدوين القواعد القانونية أو تقنينها يعني تجميعها في مدونات أو مجموعات قانونية ، فهي عمل تشريعي يقصد به تجميع القواعد القانونية الخاصة بأحد فروع القانون تجميعاً رسمياً في مجموعة واحدة بعد ترتيبها وتبويبها والتنسيق فيما بينها لإزالة ماقد يعتريها من تعارض أو تناقض ، وتسمى المجموعة التي تضم هذه النصوص القانونية بالتقنين "code" أو المدونة حسب تسميتها العربية التي أقترحها المجمع اللغوي ، فيقال مثلاً: مدونة القانون المدني أو التقنين المدني ، ومدونة القانون التجاري أو التقنين التجاري .

ولأن عملية التدوين تعد عملاً تشريعياً فيجب أن تتم من جهة رسمية يوكل إليها وضع التشريعات ، فإذا جمعت النصوص القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون من غير جهة رسمية ، ككتاب فقهي لأحد علماء القانون مثلاً ، فلا نكون بصدد مدونة قانونية أو تقنين [1] .

---

(1) لذلك فلا تعد مدونة أو تقنيناً مجموعة القواعد الفقهية التي وضعها محمد قدري باشا تحت عنوان «مرشد الحيران » لتحل محل القانون المدني في مصر ، فقد قام بهذا العمل بصفته الشخصية وليس باعتباره مشرعاً ، على الرغم من أنه استمد أحكام مجموعته من الفقه الحنفي الذي كان معمولاً به في مصر آنذاك ، أيضاً لاتعد تقنيناً بالمعنى الدقيق « مجلة الأحكام الشرعية» التي وضعها حمد بن عبد الله القاري مستمداً أحكامها من الفقه الحنبلي لتكون قانوناً مدنياً يطبقه القضاء في المملكة العربية السعودية .

راجع : ابراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، مرجع سابق ص 89 .

وتجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يعد ضرورة منطقية في عصرنا الحالي بسبب الازدياد المطرد للقواعد والنصوص القانونية وتناثرها في أماكن مختلفة ومصادر متفرقة ، هذا بالإضافة إلى ماتتعرض له هذه النصوص المتفرقة من تعديلات بالحذف أو بالاضافة أو الإلغاء ، فلا شك أن الرجوع إلى القواعد القانونية وتتبع أحكامها في مختلف مصادرها لم يعد أمراً سهلاً في وقتنا الحالي ، وهذا أمر يقتضي تجميعها في مرجع واحد بعد إجراء التنسيق بينها لازالة ما قد يعتريها من تناقض ، وسد ماقد يوجد من ثغرات أو نقص تشريعي ، فتظهر بذلك النصوص القانونية التي تنظم موضوعاً ما كاملة في مكان واحد مرتبة منظمة فتسهل عمل القاضي والفقيه وكل مشتغل بالقانون.

169 – وتدوين النصوص القانونية ليست ظاهرة حديثة، ولكنها تمتد في جذور التاريخ إلى عصور ماقبل الميلاد ، والأمثلة على ذلك متعددة منها مجموعة « حمورابي» التي صدرت في بابل في القرن الثامن عشر قبل الميلاد ، ومجموعة « مانو» التي صدرت في الهند في القرن الثالث عشر قبل الميلاد[1] .

غير أن عملية التدوين حظيت بأهمية خاصة في فرنسا في القرن الثامن عشر غداة تقنين نابليون للقانون المدني عام 1804 ، وماتلاه من تقنينات أخرى شملت قانون المرافعات ، والقانون التجاري، والقانون

---

(1) من ذلك أيضاً مجموعة « بوخوريس» التي صدرت في مصر في القرن الثامن قبل الميلاد ، ومجموعة «دراكون» التي صدرت في أثينا في القرن السابع قبل الميلاد ، ومجموعة « صولون» التي صدرت في أثينا أيضاً في القرن السادس قبل الميلاد ، والمجموعة المسماة بالالواح الأثني عشر التي صدرت في «روما» في القرن الخامس قبل الميلاد ، ومجموعة جوستنيان التي صدرت في روما في القرن السادس الميلادي .
نشير أيضاً إلى تجميع القرآن الكريم المصدر الأول للتشريع الإسلامي ، في عهد أبو بكر الصديق .
راجع : مؤلفنا بمشاركة الدكتور / محمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، الكويت 1986 ص 88 .

البحري ، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات. فقد اتسمت هذه التقنينات بقيامها على نمط علمي حديث ظهرت فيه دقة الصياغة وحسن الترتيب والتنسيق، وتبويب موضوعاتها؛ لذلك انتقلت حركة التدوين إلى باقي الدول الأوربية ، فقامت غالبيتها بتدوين قوانينها المدنية على غرار التقنين المدني الفرنسي ، فظهر التقنين النمساوي في عام 1811 والتقنين الإيطالي عام 1865 ، والتقنين الألماني عام 1900، والتقنين السوفيتي عام 1923 ، والتقنين البولوني عام 1923، والتقنين البرازيلي عام 1961[1] .

وإثر النجاح الذي قابلته حركة التدوين في أوربا ، وبصفة خاصة نجاح تقنين نابليون، قامت الدولة العثمانية في تركيا بتدوين عدة قوانين تجمع بين الشريعة الإسلامية والعرف المحلي والقانون الفرنسي ، كان أهمها مجلة الاحكام العدلية التي صدرت عام 1876 م ، والتي استمدت أحكامها من الفقه الحنفي .

كما قامت تونس في سنة 1906 م بإصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وهي تقنين أمين لأحكام الشريعة الإسلامية [2] .

---

(1) وتأثرت مصر بحركة التقنين الحديثة ووجدت لها تطبيقاً واسعاً مع إنشاء المحاكم المختلطة عام 1875 حيث تم وضع التقنين المدني ، والتقنين التجاري ، والتقنين البحري ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات وتقنين الجنايات. وبإنشاء المحاكم الوطنية عام 1883 تم وضع مدونات وطنية على غرار المدونات المختلطة .

ولما كانت هذه المدونات مترجمة من المدونات الفرنسية ، باستثناء ماتعلق منها بقواعد الاحوال الشخصية المستمدة أحكامها من الشريعة الاسلامية فقد تم تنقيح هذه المدونات بدءاً من مدونة قانون العقوبات والاجراءات الجنائية ، في عام 1904 وعام 1937 ، ثم مدونة القانون المدني في عام 1948 ، وتوالت المدونات بعد ذلك ومازالت .

(2) محمد الجواد . تشريعات البلاد العربية ، الخرطوم 1966 ص 28 ، إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي . مرجع سابق ، ص 89 .

تدوين القواعد القانونية في الكويت :

170- تعد مجلة الأحكام العدلية التي طبقت على المعاملات المدنية في الكويت اعتباراً من 2 يوليو 1938 [1] أول تقنين للقواعد القانونية ، ومجلة الأحكام العدلية لم توضع في الكويت وإنما وضعتها الدولة العثمانية عام 1876 لتكون قانوناً مدنياً عاماً يحكم جميع أرجائها . لذلك يرى بعض الفقهاء أن مجلة الاحكام العدليه لاتعد بالنسبة للكويت تقنيناً بالمعنى الفني بل مجرد« تَلقٍ» لقانون أجنبي [2].

أما التقنين أو التدوين بمعناه الحقيقي فيبدأ ببداية ظهور التشريعات في الكويت ، ففي 1938 صدر قانون التجارة الداخلي ، وفي سنة 1940 صدر قانون الغواصين وقانون السفر ، وفي سنة 1951 صدر قانون الوقف ، ثم توالي صدور التشريعات بعد ذلك إلى أن صدر قانون تنظيم القضاء رقم 19 لسنة 1959 الذي يعد البداية الحقيقية للتشريعات الحديثة، حيث توالي بعد صدوره العديد من التشريعات. ففي العام نفسه، أي عام 1959 صدرت عدة تشريعات تنظم قواعد القانون البحري، وقانون التسجيل العقاري ، والجنسية ، وفي عام 1960

---

(1) وهو التاريخ الذي صدق فيه حاكم الكويت الشيخ أحمد الجابر الصباح على قانون القضاء الذي أقره المجلس التشريعي وتضمن قرار تطبيق أحكام المجلة العدلية والاقتصار عليها وحدها .

راجع محمود عبد الرحمن السيسي ، من المجلة العدلية إلى التشريع الكويتي الحديث ، مجلة المحامي - الكويت مارس 1973 ، ص 87 ، سليمان المطوع، لمحات من تطور القضاء والتشريع في الكويت ، مجلة المحامي، العدد السابع ، يناير 1974 ، ص 14 ، بدر جاسم اليعقوب ، القانون المدني الكويتي ، ماضيه وحاضره ، دراسة مقارنة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة 1988 ص 24 . وقد استمدت مجلة الأحكام العدلية أحكامها من الفقه الحنفي .

أما في المسائل التي لم تعالجها مجلة الحكام العدلية فكان يرجع فيها إلى مذهب الامام مالك الذي كان معمولاً به بالنسبة لجميع المسائل في الكويت قبل العمل بمجلة الأحكام العدلية باعتباره مذهب الأسرة الحاكمة. باستثناء أهل الشيعة الإمامية « الجعفرية « فكانت معاملاتهم المالية تخضع لمذهب الإمام جعفر الصادق.

(2) عبد الحي حجازي ، القانون ، ص 439 .

صدرت تشريعات تنظم قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، والشركات التجارية ، وقانون الجزاء ، والإجراءات والمحاكمات الجزائية، وقانون العمل في القطاع الحكومي ، وفي عام 1961 صدرت قوانين التجارة والتوثيق...، وهكذا توالي صدور التشريعات.

وفي عام 1977 تدخلت الدولة للإصلاح التشريعي ، لما تبين من وجود بعض التناقض والتباين بين بعض التشريعات ، إضافة إلى بعض الثغرات التشريعية ، فأصدر مجلس الوزراء في 19 فبراير 1977 قراراً بإنشاء لجان أربع تكون مهمتها وضع تشريعات جديدة تحكم المسائل التي لم يتناولها المشرع الكويتي من قبل بالتنظيم ، وتطوير وتنقيح التشريعات القائمة في ضوء ما تكشف عند تطبيقها من حاجة ، على أن يكون ما تضعه من تشريعات مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية وفقاً لأحكام الدستور، متفقة مع مبادئها متمشية مع واقع الكويت وتقاليدها [1] .

وقد أنجز الاصلاح التشريعي الأخير في الكويت العديد من التقنينات، منها التقنين المدني الحالي الذي صدر بمرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 ، وأصبح نافذاً في 25 فبراير 1981 ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بمرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 وعمل به من أول نوفمبر سنة 1980 ، وقانون التجارة الصادر بمرسوم بالقانون رقم 68 لسنة 1980 .

تقييم تدوين القواعد القانونية :

171– تدوين القواعد القانونية له مزايا متعددة ، ولكنه لم يخل من الانتقاد فنسبت إليه بعض العيوب :

---

(1) انظر تقديم وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية للقانون المدني الكويتي بمناسبة صدوره عام 1980 .

(أ) أما مزايا التدوين فيمكن ايجازها في الآتي :

* يؤدي التدوين إلى سهولة الرجوع إلى القواعد القانونية المتعلقة بكل فرع من فروع القانون التي تم تجميعها ، فبجانب تجميع هذه القواعد بين دفتي مدونة واحدة، فإن ذلك التجميع يتم بعد تنسيق هذه القواعد وترتيبها وتبويبها في تقسيمات متعارف عليها ، تيسر البحث عن الحكم المراد تطبيقه ، وتغني الباحث مشقة تتبعه في مصادر متعددة متفرقة.
* يؤدي التدوين إلى تحقيق الوحدة القانونية في البلد الواحد نتيجة خضوعها لقواعد واحدة.
* يضفي التدوين على القواعد التي يجمعها كثيراً من المهابة والإجلال ويؤدي في غالب الأحيان إلى مزيد من الاستقرار[1] .
* يقلل التدوين من احتمال وجود تناقض أو تعارض بين النصوص التي يتضمنها بسبب مايبذل في إعداده من جهود مضنية تهدف ضمن ماتهدف إلى استبعاد هذا التعارض.
* لأن التدوين هو عملية أو صورة للتشريع فيترتب عليه جميع المزايا التي يحققها التشريع بصفة عامة والسابق دراستها.

(ب) – غير أن التدوين لم يسلم من النقد فقد نسب إليه بعض العيوب، منها أنه يؤدي إلى جمود القانون ووقف تطوره،كما يؤدي إلى التقيد بحرفية النصوص التي يتضمنها وعدم الخروج عليها فيصبح الباحث بذلك عبداً للنص ، وبصفة عامة ، يمكن أن يسند إلى التدوين كل الانتقادات والعيوب التي وجهت إلى التشريع .

بيد أن الانتقادات السابقة التي وجهت إلى تدوين القواعد القانونية[2]

---

(1) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ص 87 .

(2) كان الفقيه الالماني سافيني على رأس الفقهاء المعارضين لفكرة تدوين القواعد القانونية في شكل تقنينات ، نظراً لتعارض فكرة التدوين مع مذهبه التاريخي في تأصيل القانون الذي يقوم على أن=

لم تحل دون اللجوء إلى التدوين ، بل وانتشاره ، كما أوضحنا ، بسبب تعقد الحياة العصرية وكثرة النصوص القانونية وتشعبها، وهذا جعل تدوين القواعد القانونية أمراً ملحاً لتيسير البحث القانوني والوصول إلى أحكامه ، خاصة وأن العيوب التي وجهت إلى التدوين يمكن تفاديها عن طريق الأخذ بطرق الصياغة القانونية الفنية السليمة التي تبعد عن الحلول الجزئية التفصيلية، وتأخذ بالحلول والمعايير العامة والقواعد القانونية المرنة، وليست الجامدة .

= القانون يتطور بتطور المجتمع ، بينما تؤدي فكرة التدوين إلى جمود القانون وعدم تطوره ، غير أن انتقاده لم يثن بلاده عن الأخذ بفكرة التقنين ، وتم بالفعل تدوين القانون المدني الألماني عام 1900 .

المبحث الثاني

الفقه الإسلامي

المقصود بالفقه الإسلامي في مجال مصادر القانون :

172- نقصد بالفقه الإسلامي ، في مجال مصادر القانون ، القواعد والأحكام المستقاة من الشريعة الإسلامية وفقهها الحنيف ، والتي تنظم معاملات الأفراد وغيرها من المسائل التي تنظمها القوانين الوضعية .

وإذا كان الفقه الإسلامي يتحد مع القانون في تنظيمه لهذه المسائل التي تمثل أنشطة الأفراد وسلوكهم الاجتماعي الذي يتم التعبير عنه في مظهر خارجي ، فإن الفقه الإسلامي يتميز عن القانون باتساع مجال تطبيقه؛ لكونه لا يقتصر على معاملات الأفراد، بل يتسع ليشمل سائر أنشطتهم .

والفقه الإسلامي ، في مجال مصادر القانون ، ولكونه مشتقاً من أحكام الشرع الإسلامي ، يندرج تحت القواعد الدينية ، أي القواعد والمبادئ التي تتضمنها الأديان السماوية التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى لتوجيه الأفراد وإرشادهم إلى ما يجب أن يسيروا عليه [1] .

ويمكن التمييز داخل قواعد الدين الإسلامي بين قواعد الشريعة الإسلامية وقواعد الفقه الإسلامي ، فقواعد الشريعة الإسلامية تنصرف إلى الأحكام والقواعد الكلية التي جاءت في القرآن الكريم

---

(1) ويقتصر اهتمامنا على القواعد التي تمليها الأديان السماوية الثلاثة وهي : اليهودية والمسيحية والإسلام ، دون الأديان غير السماوية التي تتعارض مع معتقداتنا الإسلامية العربية ، ويتميز الدين الإسلامي ، محل اهتمامنا بصفة خاصة ، بشموله لكل مناحي الحياة المادية والروحية ، فلم يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بربه ، بل نظم إلى جانب ذلك علاقة الفرد بغيره من الأفراد ، وهو مجال عمل القانون ، كما نظم أيضاً علاقة الفرد بالنسبة إلى نفسه . راجع ما سبق فقرة رقم 25 .

والسنة النبوية ، وتشمل الأحكام الاعتقادية والأحكام العملية.

أما قواعد الفقه الإسلامي فتنصرف إلى القواعد والأحكام التي استنبطها فقهاء الإسلام من القواعد الكلية التي تضمنها كتاب الله وسنة رسوله [1] .

وإذا كان اهتمامنا يقتصر في مجال القانون على الأحكام العملية دون الأحكام الاعتقادية ، فنجد أن الشائع في العصر الحالي استخدام مصطلحي الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي باعتبارهما مترادفين في هذا المجال للتعبير عن الأحكام العملية التي شرعها الله سبحانه وتعالى ، سواء تلك الأحكام التي تضمنها الكتاب والسنة ، أو الأحكام التي استنبطها الفقه الإسلامي من القرآن والسنة.

مدى اعتبار قواعد الدين مصدراً للقواعد القانونية :

173- من الملاحظ وجود ارتباط منذ القدم بين الدين والقانون ، ويظهر ذلك بصفة خاصة في تلك الصبغة الدينية التي كانت تصطبغ بها القواعد القانونية في العصور القديمة وحتى العصور الوسطى ، بل أن رجال القانون كانوا خلال حقبة معينة من الزمن هم أنفسهم رجال الدين ، وكانوا يلجأون إلى فكرة الجزاء الديني أو الإلهي لضمان وكفالة احترام القواعد القانونية.

وبمرور الزمن أخذ القانون يستقل عن الدين تدريجياً إلى أن اتضح لكل منهما مجاله الخاص ، وذلك على الوجه الذي ظهر لنا من التفرقة بين القواعد القانونية والقواعد الدينية السابق الإشارة إليها [2] .

---

(1) يميز بعض الفقهاء بين الشريعة الإسلامية والتشريع الإسلامي حاصراً الشريعة الإسلامية فيما يكون مصادره نصاً صريحاً واضحاً قطعي الدلالة في كتاب الله أو سنة رسوله ، أما التشريع الإسلامي فيتجاوز ذلك إلى ما لا نص فيه والذي يكون محلاً للاجتهاد ، ووفقاً لهذا التمييز يتسع مفهوم التشريع الإسلامي ليشمل الفقه الإسلامي إلى جانب الشريعة الإسلامية.

(2) راجع ما سبق فقرة رقم 25 .

غير أن قولنا هذا لا يعني الانفصال التام بين القواعد القانونية والقواعد الدينية ، بل كثيراً ما تكتسب القاعدة الدينية ، إلى جانب صفتها هذه ، صفة القاعدة القانونية ، ويتم ذلك إما بالتطبيق التلقائي لها ، وهذا ما كان يحدث في العصور القديمة بصفة خاصة ، وإما بتدخل السلطة المختصة واعتماد القواعد الدينية بصورة أو بأخرى، باعتبارها قواعد قانونية تنظم علاقات الأفراد ومعاملاتهم ، وفي هذه الحالة الأخيرة قد تتم الاحالة إلى القواعد الدينية لتطبق مباشرة كما هي ، وقد تقوم السلطة بتقنينها في شكل قواعد تشريعية ، أخيراً فقد يقف دور القواعد الدينية عند حد اعتبارها أحد المصادر التي يلجأ إليها المشرع عند سن القواعد القانونية ، أي : أحد المصادر المادية أو التاريخية ، فيقتصر دورها بذلك على اعتبارها مجرد مصدر تفسيري غير ملزم.

وهكذا يتعدد ويختلف دور القواعد الدينية ومدى تأثيرها في النظام القانوني للدولة ، لذلك نجد أن دور الدين باعتباره مصدراً للقواعد القانونية قد اختلف باختلاف الأزمنة ، ونقتصر في الفقرة الآتية على بيان هذا الدور بالنسبة للقانون الكويتي.

دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في القانون الكويتي :

174– لقواعد الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي دور ملحوظ في القانون الكويتي ، غير أن هذا الدور اختلف في مداه بمرور الزمن من ناحية ، وباختلاف الموضوعات التي تنظمها القواعد القانونية من ناحية أخرى ، ويمكننا في هذا الصدد التمييز بين عدة مراحل فيما يتعلق بدور الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً للقانون الكويتي.

المرحلة الأولى – قبل التدخل التشريعي :

175– كانت القواعد الدينية ، قبل أن يتدخل المشرع لسن التشريعات المختلفة ،

هي القانون الرسمي في الكويت الذي ينظم جميع المسائل بها متمثلاً في قواعد الشريعة الإسلامية ذات التطبيق العام ، والشرائع الطائفية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالطوائف التي تطبق عليهم.

وكانت معاملات الأحوال العينية - المعاملات المالية - تخضع لمذهب الإمام مالك ، أما الأحوال الشخصية فكانت تخضع لأحكام مذهب الإمام مالك بالنسبة لأهل السنة ، وهو مذهب الأسرة الحاكمة ، وتخضع لمذهب الإمام جعفر الصادق بالنسبة للشيعة الإمامية [1] .

واستمرت قواعد الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ، وبصفة عامة القواعد الدينية ، هي القانون الرسمي والرئيسي في الكويت حتى بداية التدخل التشريعي في الأربعينات من القرن الماضي، ولم يؤثر في ذلك تطبيق مجلة الأحكام العدلية في الكويت اعتباراً من عام 1938، ذلك أن أحكام هذه المجلة مجرد تقنين لأحكام المذهب الحنفي ، بذلك يكون أثر العمل بها قد انحصر في تطبيق أحكام المذهب الحنفي التي تضمنتها على مسائل المعاملات المالية بدلاً من أحكام المذهب المالكي ، الذي اقتصر تطبيقه على معاملات الأحوال الشخصية.

المرحلة الثانية - مرحلة التدخل التشريعي :

176- تبدأ المرحلة الثانية من مراحل تطور تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الكويت في الأربعينات تقريباً من القرن الماضي ، حيث بدأ المشرع الكويتي بوضع بعض التشريعات التي تنظم مسائل محددة ، فأصدر في 1938 قانون التجارة الداخلي ، وأصدر في 29 مايو 1940 قانون «الغواصين» وقانون السفر وتلاه العديد من التشريعات الأخرى.

وبالتدخل التشريعي بدأ تقييد دور الشريعة الإسلامية والفقه

(1) بدر جاسم اليعقوب ، القانون الكويتي ماضيه وحاضره ، دراسة مقارنة ، معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة 1988 ، ص 20 .

الإسلامي في القانون الكويتي ، واقتصر دورها - باعتبارها مصدراً رسمياً للقواعد القانونية - على المسائل التي لم تنظم تشريعياً - مع ملاحظة أن بعض التشريعات استقت أحكامها - كلها أو بعضها - من الشريعة الإسلامية ، وبذلك تظل الشريعة مصدراً لما تضمنته هذه التشريعات من قواعد قانونية مستقاه منها ، ولكن باعتبارها مصدراً تاريخياً أو مادياً ، وليس مصدراً رسمياً مباشراً.

والذي يميز هذه المرحلة الثانية من مراحل تطور الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً للقانون الكويتي أنه كلما أصدر المشرع تشريعاً جديداً كان في ذلك تقليص لنطاق الشريعة الإسلامية ، غير أن هذا التقليص يكون شكلياً إذا استمد التشريع أحكامه من الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فلا يكون هناك اعتداء على أحكامها ، أما بالنسبة للتشريعات التي استقى المشرع قواعدها من غير أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي فتمثل اعتداء وتقليصاً حقيقياً من نطاق تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الذي كانت عليه في المرحلة الأولى .

ودون الدخول في تفصيلات التشريعات التي صدرت في الكويت في هذه المرحلة ، نرى أن ما يستدعي التوقف عنده هو صدور الدستور الكويتي في عام 1961، وتحديده في مادته الثانية أن الشريعة الإسلامية «مصدر رئيسي للتشريع»، ثم صدور القانون المدني والقانون التجاري عام 1981 ، وكذلك صدور قانون الأحوال الشخصية عام 1984 ، فقد تضمن كل من هذه التشريعات تحديداً لمصادره ، ونوضح فيما يأتي دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور ، ثم لدورها في التشريعات الثلاثة التي أشرنا إليها.

(ا) - المادة الثانية من الدستور الكويتي :

177- صدر الدستور الكويتي في 11 نوفمبر 1962 ونصت مادته الثانية على

أن: « دين الدولة الإسلام ، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع»، وقد فسرت المذكرة الإيضاحية للدستور هذه المادة على أنها تقصد بذلك توجيه المشرع إلى هذا المصدر يستمد منه المبادئ والقواعد القانونية عند سنه التشريعات ، ووفقاً لهذا التفسير يقتصر مضمون المادة الثانية من الدستور على أنه توجيه دستوري يجعل الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً للتشريع الكويتي (١) .

---

(١) وهذا يفيد أن الشريعة الإسلامية ليست فقط مصدراً غير رسمي للقانون الكويتي ، وإنما هي أيضاً مجرد مصدر من المصادر المادية غير المباشرة التي يستطيع المشرع أن يلجأ إليها وإلى غيرها . وفي ذلك تقرر المذكرة التفسيرية للدستور :

« لم تقف هذه المادة عند حد النص على أن دين الدولة الإسلام ، بل نصت كذلك على أن الشريعة الإسلامية – بمعنى الفقه الإسلامي – مصدر التشريع – وفي وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن ، بل أن في النص ما يسمح مثلا بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية ، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل « والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع» إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم ، مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل في التزام رأي الفقه الشرعي في بعض الأمور ، وبخاصة في مثل نظم الشركات ، والتأمين ، والبنوك ، والقروض والحدود وما إليها .. » انظر في الاتجاه نفسه : منصور مصطفى منصور ص 82 ، الذي يرى أن مع هذه الصياغة إذا صدر تشريع لم يستمد قواعده من الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هذا التشريع مخالفا للدستور . وعلى خلاف ذلك الاتجاه فقد ذهب رأي آخر في الفقه إلى أن النص دستورياً على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي أو المصدر الرئيسي للتشريع ، وإن كان يعني اتخاذها مصدراً موضوعياً إلا أنها تكون مصدراً رئيسياً يعلو على سائر المصادر الأخرى ، فطالما وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسي ، فيكون ما عداها من مصادر له صفة ثانوية ، وينتهي هذا الاتجاه إلى أن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون مع مثل هذا النص الدستوري المصدر الأول الذي يجب أن يستقي منه المشرع قواعده ، أما المصادر الأخرى فتأتي في مرتبة دنيا ، ومن ثم فلا يجوز أن يستمد من هذه المصادر ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى .

ويترتب على هذا الاتجاه عدة نتائج مهمة يأتي في مقدمتها أن التشريع لكونه مصدراً يلي الشريعة الإسلامية – في وجهة نظرهم – فيجب أن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وإلا عد مخالفاً للدستور.

راجع في هذا الاتجاه : عبد الحميد متولي ، الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للدستور ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، عوض محمد ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي ، ص ١١ . =

وإثر الانتقاد الموجه إلى هذه المادة فقد قُدِمَ في 7 يونيه 1980 اقتراحاً لتعديلها لتصبح : « دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» غير أن هذا الاقتراح لم يبت فيه حتى الآن[1] .

بيد أنه إذا كانت المادة الثانية من الدستور الكويتي لا تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون الكويتي ، فإنها توجه المشرع إلى الشريعة، وتحمله أمانة الأخذ بأحكامها ما وسعه ذلك ، لذلك فإن هذه المادة لا تحول دون تدخل المشرع في أي وقت يشاء للأخذ بهذه الأحكام[2] .

(2) – القانون المدني :

178– صدر القانون المدني الجديد بمرسوم بالقانون رقم (67) لسنة 1980 ، وعُمِلَ به ابتداء من 25 فبراير 1981 ، وقد ألغى هذا القانون العمل بمجلة الأحكام العدلية التي كانت تستقي أحكامها من الفقه الحنفي[3] .

وحددت المادة الأولى من هذا القانون مصادر القواعد القانونية التي تطبق على المسائل التي تدخل في نطاقه ، ولم تجعل الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي مصدراً رسمياً لهذا القانون ، وفقاً لوجهة نظرنا ، غير أن ذلك لم يكن يقلل من أهمية الفقه الإسلامي في هذا المجال باعتباره مصدراً مادياً لكثير من القواعد القانونية التي تطبق على المعاملات التي نظمها القانون المدني ، هذا بالإضافة إلى أن غالبية القواعد والأحكام

= ويبدو أن هذا الرأي قد وجد صدى له في بعض الأحكام القضائية ، راجع في الإشارة إلى هذه الأحكام : بدر جاسم اليعقوب ، الشريعة الإسلامية مصدر القوانين ، هامش ص 27 .

(1) تقدمت بهذا الاقتراح لجنة النظر في تنقيح الدستور التي شكلت بمرسوم أميري في 10 فبراير 1980 .

(2) انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور ، ص 82 .

(3) ولم يكن الأمر يقتصر ، قبل صدور القانون المدني وإلغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية ، على تطبيق أحكام الفقه الإسلامي الحنفي من خلال مجلة الأحكام العدلية ، وإنما كانت هذه الأحكام تطبق أيضاً بالنسبة للمسائل التي لم تكن تنظمها المجلة، حيث كان يطبق المذهب الحنفي على المنازعات المتعلقة بالمعاملات.

القانونية التي لم تؤخذ من الفقه الإسلامي مباشرة تتفق مع أحكامه ولا تتعارض معها [1].

ورغبة من المشرع الكويتي في جعل أحكام الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً فقد تدخل بالقانون رقم (15) لسنة 1996 ، وعدل الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني مقدماً أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها على العرف ، وبذلك أصبح الفقه الإسلامي المصدر الرسمي الثاني لقواعد القانون المدني، فيتعين على القاضي الحكم بمقتضاه إذا لم يجد نصاً تشريعياً.

ويتقيد القاضي عند تطبيقه لأحكام الفقه الإسلامي بالقواعد واجبة المراعاة في استنباط الأحكام الشرعية ، فعليه الرجوع إلى الأدلة الشرعية الأربعة المتفق عليها وبترتيبها وهي : القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ، والاجماع ، والقياس ، ولا يرجع إلى الأدلة التي اختلف حولها رجال الفقه الإسلامي وهي : الاستحسان ، والمصلحة المرسلة ، والعرف ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي ، إلا في حالة عدم الاستدلال على الحكم الشرعي من الأدلة المتفق عليها.

---

(1) لذلك فقد تخلى المشرع الكويتي في القانون المدني الجديد عن بعض الأنظمة التي وجد فيها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما هو الحال بالنسبة لنظام الفوائد التي حظرها في نطاق المعاملات المدنية بالمادة (305) من القانون المدني.
من ذلك أيضاً نظام التقادم المكسب الذي أحل محله نظام التقادم المثبت أو الدال على الحق ، انظر المادة (935) مدني ، وكذلك نظام التقادم المسقط حيث أخذ المشرع بنظام التقادم المانع من سماع الدعوى بديلاً عنه ، ولكن ذلك لا يعني أن جميع أحكام القانون المدني متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، فهناك من يرى أن بعض الأحكام التي نظمها تخالفها ، بصفة خاصة نظام التأمين ، راجع في المزيد من التفاصيل : احمد شرف الدين ، أحكام التأمين في القانون والقضاء ، دراسة مقارنة ، 1983 ، فقرة رقم 29 ، ص 51 وبعدها.

ننوه أخيراً إلى أن المشرع لم يقيد القاضي في إحالته إلى الفقه الإسلامي بمذهب معين هادفاً بذلك تمكينه من الأخذ بالأحكام الأكثر اتفاقاً مع واقع الكويت ومصالحها .

(3) – قانون التجارة :

179– صدر قانون التجارة الكويتي بمرسوم بالقانون رقم (68) لسنة 1980 وطبق اعتباراً من 25 فبراير 1981 ، وقد حددت مادته الثانية مصادر قواعده؛ ولم يرد ضمنها أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي[1].

ولا يعني عدم اعتماد المشرع أحكام الشريعة الإسلامية ضمن مصادر قانون التجارة أن أحكام هذا القانون تبعد كلية عنها ، بل العكس هو الصحيح ، فالكثير من أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي تعد مصدراً غير مباشر لأحكام قانون التجارة الكويتي ، إما من خلال تطبيق القانون المدني [2] ، وإما من خلال العرف التجاري [3] .

(4) – قانون الأحوال الشخصية :

180– صدر قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984، وعُمِلَ به من أول أكتوبر 1984 ، ونصت مادته رقم (343) على أن : « كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك ، فإن لم

---

(1) نصت المادة الأولى من قانون التجارة على أنه : «مع مراعاة ما نص عليه في المادة 96 تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية . ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام . فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني».

(2) فقد نصت المادة (96) من قانون التجارة على أنه :
«فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني».

(3) هذا بخلاف الأحكام التي استقاها المشرع التجاري مباشرة من الفقه الإسلامي ، والذي يعد عندئذ مصدراً ماديا له ، راجع في دور الشريعة في مصادر القانون التجاري ، حسني المصري ، القانون التجاري الكويتي ، الكتاب الأول الطبعة الأولى 92–1993 فقرة رقم 22 ص 40 .

يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد حكم أصلاً ، طبقت المبادئ العامة في المذهب».

والواقع أن صدور قانون الأحوال الشخصية لم يؤثر في دور الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الوحيد لقواعده بالنسبة للمسلمين ، فجميع الأحكام التي قررها مستقاه من أحكام الفقه الإسلامي ، كما جعل هذا الفقه ، ممثلا في أحكام مذهب الإمام مالك ، المصدر الوحيد الذي يرجع إليه القاضي في كل ما لم يرد له حكم فيه .

بذلك يقتصر أثر صدور قانون الأحوال الشخصية على اعتبار أحكام الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً بالنسبة للمسائل التي تناولها بالتنظيم ، واعتبارها مصدراً رسمياً وحيداً بالنسبة للمسائل التي لم ينظمها .

المبحث الثالث

العــرف

تقسيم :

181- كان العرف ، قبل تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، هو المصدر الرسمي الثاني من مصادر القانون المدني الكويتي يأتي بعد النص التشريعي مباشرة ، وبالتالي كان العرف أول المصادر الاحتياطية الذي يجب الرجوع إليه في حالة انعدام النص التشريعي.

غير أن التعديل المشار إليه ، الذي تم بالقانون رقم (15) لسنة 1996 جعل العرف في المرتبة الثالثة بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ، فأصبح العرف بذلك مصدراً رسمياً ثالثاً لا يرجع إليه القاضي إلا في حالة انعدام النص التشريعي ، وعدم وجود حكم في الفقه الإسلامي ، وهو بذلك يعد المصدر الاحتياطي الثاني بعد أحكام الفقه الإسلامي .

وسنقوم بدراسة العرف على مطلبين ، فنعرض في المطلب الأول لتعريفه وبيان أركانه وخصائصه ، أما المطلب الثاني فسنجعله لبيان دور العرف في النظام القانوني باعتباره مصدراً للقانون ، حيث نبدأ بتقييم العرف ببيان مزاياه وعيوبه ، ثم نوضح مرتبته ومكانته من مصادر القانون ، وبصفة خاصة بالنسبة للتشريع والفقه الإسلامي ، وننتهي ببيان مجاله ودوره في فروع القانون المختلفة.

بذلك تتناول دراستنا للعرف المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : تعريف العرف « أركانه وخصائصه».

المطلب الثاني : دور العرف في النظام القانوني.

المطلب الأول

تعريف العرف

« أركانه وخصائصه »

المقصود بالعرف :

182– يمكن في إيجاز تحديد العرف بأنه عادة ملزمة : فهو عادة بمعنى اعتياد الأفراد واطرادهم على سلوك معين ، وهذه العادة ملزمة بمعنى اعتقاد الأفراد وشعورهم بأن هذا السلوك ملزم واجب الاتباع ، بذلك يمكننا تعريف العرف بأنه اعتياد الأفراد واطرادهم على سلوك معين ، مع اعتقادهم بإلزام هذا السلوك[1] .

أركان العرف :

183 – يتضح من التعريف السابق أن للعرف ركنين ، الأول ركن مادي ، وهو اعتياد الأفراد على سلوك معين ، والثاني ركن معنوي ، هو اعتقاد الأفراد وشعورهم بأن ما اعتادوا عليه من سلوك أصبح ملزماً واجب الاتباع.

الركن المادي – الاعتياد :

184 – يتكون الركن الأول للعرف ، وهو الاعتياد ، من اتباع الأفراد لقاعدة معينة في سلوكهم الاجتماعي ثم تواترهم واطردهم على هذا السلوك

(1) وفي الاصطلاح يعرف العرف بأنه « ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقل وتلقته الطبائع بالقول» وفي المعنى نفسه يعرفه الفقهاء والأصوليون بأنه .. « ما استقر في النفوس من جهة العقول فتلقته الطبائع السليمة بالقبول » ويعرفه الشيخ عبد الوهاب خلاف بأنه : ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك».

راجع في هذه التعريفات وفي مصادرها : محمد جبر الألفي ، نحو نظرية عامة للعرف في التشريع الإسلامي ، مجلة المحامي ، السنة الثانية عشرة ، أعداد إبريل – يونيو 1989 ص 153 – 156 .

لازمان متلاحقة [1] .

وينشأ السلوك المكون للقاعدة العرفية تلقائياً ذاتياً ، بتفاعل الظروف والعوامل الاجتماعية والعقائدية وغيرها من العوامل المؤثرة في السلوك الاجتماعي [2] .

ويظهر هذا السلوك اختيارياً بتقليد الإنسان لغيره دون فرض من جهة تشريعية أو سوابق قضائية ، لذلك يقال إن العرف ينشأ نشأة شعبية ، وأنه ليس وليد إرادة رسمية.

ثم يطرد الأفراد على اتباع القاعدة واحتكامها فيما ينشأ بينهم من منازعات مماثلة ، قد يأتي هذا الاطراد في اتباعها بصقل تدريجي للقاعدة إلى أن تستقر في مضمون محدد ، وقد يظهر مضمونها محدداً واضحاً منذ بدء تكوينها ، والمهم أن يطرد اتباعها على مضمون واحد لا يتغير فيعتاد عليه الأفراد، ويصبح وجود القاعدة أمراً مسلماً ، ولتحقق الاعتياد المكون للركن المادي للعرف هناك شروط أربعة يتعين توافرها ، هذه الشروط هي :

أولاً – قدم الاعتياد :

185– القدم أمر جوهري في الاعتياد نفسه ، فلا يتوافر هذا الاعتياد أصلاً ما لم يستند إلى عنصر الزمن؛ لذلك يشترط أن يكون قد مضى على اتباع السلوك المكون للعرف زمن كاف للقول بتوافر الاعتياد . فالاعتياد لا يتوافر بتكرار للسلوك أياً كان ، وإنما يتعين أن يكون الاعتياد المكون للعرف اعتياداً قديماً اطرد العمل به فترات متلاحقة من الزمن، وليس

---

(1) وهنا يكمن معيار التمييز بين العرف والمبادئ القضائية التي استقر عليها القضاء ، حيث تتكون هذه المبادئ من أحكام القضاء ، أما العرف فيتكون من اعتياد الأفراد أنفسهم على سلوك معين.

(2) فالركن المادي للعرف يتمثل في « مسلك عام تكرر على نمط واحد فترة من الزمن تكفي ليتحقق له معنى الثبات والاطراد» محمد جبر الألفي ، ص 161 .

لفترة أو فترات عابرة ، وتقرير ما إذا كان الاعتياد قديماً أم لا يترك لتقدير القضاء مراعياً في ذلك طبيعة الاعتياد وموضوعه، وغير ذلك من الظروف المحيطة.

ثانياً – عموم الاعتياد :

186– لا يخرج عموم الاعتياد عما سبق أن ذكرناه بشأن عموم القاعدة القانونية وتجريدها ، فيجب ألا يقتصر الاعتياد على أشخاص قلائل أو أشخاص معينين بذواتهم ، بل يتعين أن يكون اعتياداً عاماً غير مقصور على شخص أو أشخاص معينين بالذات.

ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن عموم الاعتياد لا يقتضي اتباعه من جميع الأفراد بالدولة ، فقد يكون كذلك، وقد لا يكون ، وفي الحالة الأولي نكون بصدد عرف شامل، وهو قليل الوجود ، وفي الحالة الثانية يكون العرف مقيداً أو محدداً باقتصاره على منطقة أو اقليم معين بالدولة وهو العرف المحلي ، أو بانحصاره في طائفة أو مهنة معينة، فيكون عرفاً طائفياً أو مهنياً [1] .

كما يجب التنويه إلى أنه لا يشترط في الحالات السابقة لتحقق عموم الاعتياد شموله لجميع من تعلق العرف بنشاطهم ، ففي داخل كل نوع من هذه الأنواع يتحقق العموم حتى ولو شذ عن اتباعه، أو نازع فيه فرد، أو أفراد قلائل ، فالعرف يكتفي بالعموم وليس بالضرورة الإجماع.

بل إن العموم قد يتوافر – بالنسبة لركن الاعتياد – على الرغم من

---

(1) ويقابل ذلك التصنيف للعرف تصنيف الفقه الإسلامي له إلى عرف عام ، وعرف خاص ، ويقصد بالعرف العام « ما غلب على الناس من قول أو فعل أو ترك»، أما العرف الخاص فهو « ما غلب على أهل إقليم معين أو طائفة محددة أو على علاقات من نوع خاص».
راجع لمزيد من التفاصيل : محمد جبر الألفي ، ص 163 .

صدوره من شخص واحد ، ويتم ذلك بتواتره على اتباع سلوك معين ، كاعتياد رئيس الدولة على إصدار قرار ما في حالة أو مناسبة معينة ، وهنا يكون العرف نوعياً، حيث يتحقق عموم الاعتياد ليس فيمن يصدر منهم السلوك وإنما فيما يصدر بشأنه هذا السلوك ، أي: نوع السلوك ومضمونه.

ثالثاً – استقرار الاعتياد :

187– لا يكفي قدم الاعتياد وعمومه على الوجه الوجه السابق لتحقق الركن المادي للعرف ، وإنما يشترط كذلك استقراره وإطراد العمل به على وجه ثابت مستمر ، بمعنى أن يكون الاعتياد قد تحقق على وجه العموم منذ القدم، واستمر إلى وقت إثارته ، فلا يكفي إذن الاستناد على ما كان قد استقر العمل به في وقت سابق للقول بوجود قاعدة عرفية[1] .

رابعاً – عدم مخالفة الاعتياد للنظام العام :

188– يشترط في الاعتياد المكون للعرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون، ألا يكون موضوعه مخالفاً للنظام العام والآداب ، وبصفة عامة للمقومات الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، فالعرف قانون ، والقانون يجب أن يكون متلائماً وموافقاً للأسس الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية السائدة في المجتمع ، ما لم يكن العرف الجديد معبراً عن تغير نظرة المجتمع لما يعتبره مكوناً للنظام العام والآداب العامة ، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد عرف مخالف للنظام العام ، وإنما تطوير للنظام العام الذي تساهم العوامل المختلفة فيه ، ويكون العرف تأكيداً لذلك، بل ومساهمة في تأصيل هذا التطوير.

---

(1) ويستخلص استقرار الاعتياد من قدمه وثبات الأفراد على اتباعه؛ لذلك يترك تقديره للقاضي وفقاً لظروف الحال.

يشترط إذن ألا يخالف الاعتياد النظام العام وحسن الآداب . وإلا فلن يصبح الاعتياد عرفاً ملزماً قانوناً [1] ، كما هو الحال في عادة الأخذ بالثأر ، وعادة الاقتراض بفائدة ربوية ، وطبيعي أن هذه المسألة لا تثار عملاً، إلا بالنسبة لغير العرف الشامل؛ إذ لا يتصور أن يكون هذا الأخير مخالفاً للنظام العام ، لكونه أحد العوامل المحددة له كما ذكرنا .

189- يشترط في الاعتياد أيضاً ، بالإضافة إلى عدم مخالفته للنظام العام وحسن الآداب، ألا يخالف أصلاً من أصول الإسلام أو حكما من أحكامه الأساسية الثابتة [2] .

كما يشترط في الاعتياد المكون للركن المادي للعرف أن يرد على سلوك معقول مفيد للأفراد ، والقصد من ذلك الشرط الحيلولة دون تحول بدعة معينة إلى قاعدة عرفية ، بناء على ذلك فإن اعتياد الأفراد على التردد على بعض المشعوذين والدجالين بقصد علاجهم من بعض الأمراض أو حل مشكلاتهم وأزماتهم، لا يمكن أن يصبح عرفاً مهما امتد هذا الاعتياد وطالت قاعدته[3] .

---

(1) وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص 9 ، بقولها: «إن العرف المعتبر هو الذي لا يخالف النظام العام أو حسن الآداب ، فالعادات التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها الجماعة لا ترقي أبداً إلى مرتبة العرف وإن طال عليها الأمد».

(2) وفي ذلك تقرر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، (ص9) «وفي بلد كالكويت – يدين بدين الإسلام بنص الدستور – لا يمكن أن يعتبر عرفاً كل ما يخالف أصلاً من أصول الإسلام ....أو حكما من أحكامه الأساسية الثابتة» .

ونشير إلى أن المقصود بأصول الإسلام في هذا الصدد الأحكام والقواعد التي تستند إلى نص قطعي الثبوت من قرآن أو سنة متواترة أو إجماع معتبر شرعاً ، فهذه الأحكام لا تقبل التغيير والتبديل ولا تختلف باختلاف العصور والأزمنة لكونها تستهدف تحقيق المصالح ودفع المفاسد ، أما غير ذلك من القواعد التي تستند إلى نص غير قطعي الثبوت أو غير قطعي الدلالة ، فهي مجرد فقه يقبل التغير بتغير الزمان والمكان.

(3) ومع ذلك فهناك من يرى عدم الحاجة إلى اشتراط ألا يكون الاعتياد مخالفاً للمعقول استناداً إلى ما يتصف به مصطلح المعقول من مرونة وعدم انضباط وتطوره بتطور المفاهيم في المجتمع ، هذا بالإضافة إلى أن تحديد ما هو معقول وما هو بدعة أو غير معقول يترك لما يتعارف عليه الأفراد في=

أخيراً ، يشترط في الاعتياد المكون للركن المادي للعرف ألاّ يخالف نصوص التشريع الآمرة ، وذلك على الوجه الذي سنقوم بإيضاحه عند دراستنا لدور العرف في حالة وجود نص تشريعي [1] .

الركن المعنوي - عقيدة الالزام :

190- لا يكفي لاكتمال الوجود القانوني للعرف أن يعتاد الأفراد على سلوك معين لفترة طويلة وبصفة مستمرة ، بل يتعين أن يسود الاعتقاد لديهم بأن ما اعتادوا عليه أصبح له قوة القاعدة القانونية، أي: أصبح ملزماً ، وأن مخالفته تستوجب توقيع الجزاء المادي المميز للقواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك في المجتمع.

هذا الاعتقاد بإلزام العرف لا ينشأ طفرة واحدة ، وإنما ينمو تدريجياً بطريقة غير محسوسة إلى أن يكتمل ويستقر في النفوس فيصبح الاعتياد عرفاً.

فإذا لم يتوافر هذا الاعتياد فلا يقوم العرف ، لذلك فالركن المعنوي هو الذي يتخذ معياراً للتفرقة بين العرف والعادة [2] ، أي: مجرد الاعتياد

= المجتمع ، لذلك فلا يتأتى لدى هذا الرأي أن يكون ما ارتآه الأفراد حكماً ومنظماً لعلاقاتهم بدعة ، بل يكون معقولاً لكونه تعبيراً عن إرادة الجماعة.

راجع أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون : نظرية القاعدة القانونية ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، 1974 رقم 67 .

(1) راجع لاحقاً فقرة رقم 202 .

(2) وفي ذلك يختلف العرف في فقه القانون الوضعي عن العرف في الفقه الإسلامي الذي يتحقق بمجرد الاعتياد المطرد المستقر دون حاجة إلى ركن الاعتقاد الذي يتطلبه الفقه القانوني؛ لذلك يتحد العرف والعادة في الفقه الإسلامي من حيث الجوهر ، وإن اختلفا من أمور أخرى غير جوهرية ، فبعض فقهاء الإسلام يرى أن العرف والعادة بمعنى واحد من حيث المصدوق ، وإن اختلفا من حيث المفهوم ، وهو ما يقرره ابن عابدين في رسالته : نشر العرف ، مجموع رسائله ، ج (2) ص 125 .

وبعض آخر يرى أن العرف أعم من العادة ، فالعرف ينصرف إلى كل ما تعارف عليه الناس من قول أو فعل ، أما العادة فتنصرف إلى الفعل فقط ، وهو قول ابن الهمام.

راجع لمزيد من التفاصيل حسنين محمود حسنين ، العرف والعادة في الشريعة الإسلامية والقانون=

الذي لا يرقى إلى درجة الإلزام [1] ، والذي يظهر في العادات الاجتماعية والعادات الاتفاقية كما سنرى بعد عرضنا لأساس الزام العرف.

أساس القوة الملزمة للعرف :

191- متى توافر في العرف ركناه : المادي وهو الاعتياد ، والمعنوي وهو عقيدة الإلزام ، أصبح قانوناً ملزماً واجب الإتباع من الأفراد والتطبيق من المحاكم ، ويجازى من يخالفه بالجزاء المادي المنوط تطبيقه للسلطة العامة شأنه في ذلك شأن جميع القواعد القانونية.

ويكون للعرف قوته الملزمة سواء كان عرفاً آمراً أو عرفاً مقرراً . ويثور التساؤل بصدد الكلام عن القوة الملزمة للعرف عن أساس هذا الإلزام الذي يكتسبه . وقد شغلت هذه المسألة أذهان الفقهاء وفلاسفة القانون في القديم والحديث معا ، واختلفت آراؤهم في تأسيس القوة الملزمة للعرف.

ويمكن إرجاع هذه الأراء إلى اتجاهين أساسيين : الاتجاه الأول

= الوضعي ، دار القلم 1988 ، محمد جبر الألفي ، نحو نظرية عامة للعرف في التشريع الإسلامي ، مجلة المحامي ، السنة الثانية عشر ، إبريل – يونيو 1989 ، ص 153 .

(1) تعرض اشتراط الاعتقاد ركناً في العرف إلى الانتقاد ، تأثراً – فيما يبدو – بالوضع في الفقه الإسلامي الذي لا يشترط هذا الركن لوجود العرف ، فرأي بعض الفقه أن هذا الركن يصعب التأكد من تحققه عملاً ، « فليس من السهل التمييز في حياة الناس بين سلوك اعتادوا عليه إلى درجة الشعور بضرورة احترامه ، وسلوك اعتادوا عليه دون أن يصل إلى هذه الدرجة ، فإما اعتياد ، وإما لا اعتياد ، ولا مرحلة ثالثة يمكن اضافتها إليهما.

انظر في ذلك : مصطفى الجمال ، الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، عدد تذكاري بمناسبة اليوبيل الذهبي لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، 1942 – 1992 ، هامش ص 324 . في هذا المعنى نفسه يرى بعض الفقهاء الغربيين ان اشتراط ركن الالزام لوجود العرف يؤدي إلى حلقة مفرغة ، ذلك ان « مؤدى هذا العنصر هو أن القاعدة العرفية لا تنشأ إلا إذا كان عند الأفراد اعتقاد في إلزاميتها ، في حين أن الاعتقاد في الالزامية يتضمن بدوره أن هناك قاعدة قد نشأت».

راجع في عرض هذا النقد ، عبد الحيّ حجازي ، ص 451 .

يرى: أن للعرف قوة ذاتية خاصة به تكمن في ضرورته وأهميته لتنظيم المجتمع، وأهميته هذه هي التي تضفي عليه قوته الملزمة، وتسوغ تقيد الأفراد به [1]. غير أن هذا الاتجاه يعيبه أن ضرورة العرف وأهميته هي مجرد تسويغ لاعتباره مصدراً رسمياً للقواعد القانونية، لكنها لا تكسبه قوة ملزمة، فالالتزام لا يكون إلا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى الأفراد المخاطبين به.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن القوة الملزمة للعرف لا ترجع إليه في ذاته، وإنما ترجع إلى أمر آخر خارجي عنه يتمثل في سلطة ما تملك منحه القوة الملزمة، هذه السلطة الخارجية التي تكسب العرف قوته الملزمة اختلفت الآراء في تحديدها، فرأي أرجعها إلى القضاء بالقول أن إقرار المحاكم للعرف وتطبيقها له على المنازعات التي تعرض عليها هي التي تضفي على العرف قوته الملزمة [2]، ورأي ثانٍ أرجعها إلى إرادة الأفراد الضمنية بارتضائهم القواعد العرفية والعمل بمقتضاها، ورأي ثالث أسندها إلى إرادة المشرع الضمنية المستمدة من تركه الأفراد يطبقون القواعد العرفية على معاملاتهم دون منازعة منه.

وفي التفضيل بين الآراء السابقة نبادر إلى استبعاد الرأي الأول الذي يرجع القوة الملزمة للعرف إلى إقراره من المحاكم، فذلك الرأي يخالف ما هو ثابت من أن العرف أسبق في الوجود من القضاء، هذا بالإضافة إلى أن عمل القضاء ينحصر في تطبيق القواعد القانونية القائمة بالفعل والصادرة من السلطة المختصة بوضعها، ولا يمتد إلى إنشاء هذه القواعد، ومن ثم فإن تطبيق القضاء للعرف يستوجب أن يكون ملزماً وليس هو الذي يكسبه هذا الالزام [3].

(1) راجع في هذا الاتجاه كاربونييه في مجموعة بحوث عن Droit Flexible، باريس 1979، ص 73 وبعدها.

(2) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، دار الكتاب العربي بمصر، 1965، ص 185 رقم 11.

(3) وقولنا: إن القضاء يطبق العرف ولا يكسبه القوة الملزمة، لا ينفي ما للقضاء من دور مهم في =

يتبقى لنا إذن الترجيح بين الرأيين الآخرين ، وهو ما نتناوله في الآتي :

الرأي الأول – إرجاع القوة الملزمة للعرف إلى الإرادة الضمنية لأفراد المجتمع:

192– يرى أنصار هذا الرأي أن أساس قوة العرف والتزام الأفراد به يرجع إلى ارادتهم الضمنية ، فالعرف ينشأ نتيجة تواتر أفراد المجتمع على اتباع قاعدة معينة ، فهم الذين أنشأوا هذه القاعدة، وهم الذين اتبعوها واحتكموا إليها تلقائياً عن اقتناع بحكمها ومضمونها ، فإذن قوة العرف الملزمة ترجع إلى إرادة أفراد المجتمع وارتضائهم اياه رضاء ضمنياً[1].

الرأي الثاني : إرجاع القوة الملزمة للعرف إلى الإرادة الضمنية للمشرع :

193– يرى أنصار هذا الرأي أن أساس الزام العرف هو رضاء السلطة المختصة بوضع القواعد القانونية، أي: المشرع [2] ، ويتم هذا الرضا ضمنياً بعدم الاعتراض على العرف، وترك الأفراد يطبقونه على معاملاتهم ، وينتقد أنصار هذا الاتجاه ما قال به الرأي الأول من أن أساس القوة الملزمة للعرف يكمن في رضا الأفراد به ، مستندين في ذلك إلى أن رضا الأفراد بالقواعد القانونية لا يصدق إلا بالنسبة للمجتمعات القديمة التي كان فيها الشعب هو المصدر المباشر للتشريع ووضع القواعد القانونية ،

= إثبات وجود القواعد العرفية وتحديد مضمونها ، وكذلك في تدعيم قوتها الملزمة ، عن طريق تطبيق هذه القواعد على المنازعات التي تعرض عليه ، وهذا أمر يؤكد القواعد العرفية ويرسخ من الاعتقاد بالزامها والتقيد بها.

(1) انظر في هذا الرأي : عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون ، أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، 1952 ، رقم 77 ص 91 – عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية 1966 ، دار النهضة العربية ، رقم 214 – أحمد سلامة ، ص 157 – منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص 91 – جميل الشرقاوي : دروس في أصول القانون ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية 1966 ، ص 130 .

(2) عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية (1) القانون ، 1972 ، ص 467 فقرة رقم 368 – سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، 1986 ، ص 464 .

أما وقد انحصرت سلطة التشريع في المجتمعات الحديثة بيد سلطة معينة استأثرت بوضع القواعد القانونية فلا يتمشى معه القول بأن أساس قوة العرف هو رضا أفراد الشعب ، وإنما يكمن هذا الأساس في رضا السلطة المختصة بوضع القواعد القانونية ، أي: المشرع.

ووفقاً لهذا الرأي الثاني يتحد أساس كل من العرف والتشريع ، فكلاهما يرجع إلى إرادة المشرع ورضائه ، يكون رضاؤه بالنسبة للتشريع رضا صريحاً ، وبالنسبة للعرف رضا ضمنياً .

194- وفي اعتقادنا أن هذا الرأي الثاني محل نظر ، فإرجاع القوة الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع يخالف ما هو ثابت تاريخياً من أن العرف أسبق ظهوراً من التشريع ، ومع هذه الحقيقة لا يتسنى القول بأن العرف يستند على التشريع على الأقل في الأزمنة القديمة التي ظهر فيها العرف أولاً قبل التشريع.

لذلك، فنحن نرى أن ارجاع القوة الملزمة للعرف إلى رضاء أفراد المجتمع به وتقبلهم له هو الأدق ، فقد عرفنا عند بحث أركان العرف أن ركنه المعنوي الذي يكسبه القوة الملزمة يتمثل في شعور الأفراد واعتقادهم بضرورته لتنظيم أمورهم ومعاملاتهم ، وبدون هذا الشعور الذي يمنحه الأفراد للقواعد العرفية لن يصبح العرف قانوناً ملزماً ، فقوة إلزامه تستند إذن إلى إرادة الأفراد.

نشير أخيراً إلى أن اعتبار إرادة الأفراد الضمنية هي أساس القوة الملزمة للعرف لا يتعارض مع ما هو مسلم به في الوقت الحالي من أن أمر التشريع يوكل لسلطات متخصصة محددة؛ إذ إن اختصاص هذه السلطات بالتشريع يكون بناء على تفويض من المجتمع صاحب الحق في ذلك ، والتفويض لا يمنع صاحب الحق من ممارسته ، لذلك فإن تأسيس العرف على إرادة المشرع هو في الحقيقة إرجاعه إلى إرادة

الأفراد ورضا المجتمع به؛ لأن إرادة المشرع ما هي إلا تعبير عن إرادة المجموع.

التمييز بين العرف والعادة :

195- يتميز العرف عن العادة باكتمال ركنيه : المادي ، أي: الاعتياد على مسلك معين ، والمعنوي ، أي: عقيدة الالزام ، أما العادة فتتوقف عند الركن المادي ولا يتوافر فيها الركن المعنوي ، من هنا كان العرف قانوناً ملزماً ، أما العادة فهي غير ملزمة قانوناً.

والعادات كثيرة ومتنوعة في حياتنا الاجتماعية، وفي مختلف أوجه الأنشطة، من ملبس ومأكل وسلوك ومعاملات ، بيد أنه يمكننا التمييز بين نوعين من هذه العادات : الأولى: تسمى العادات الاجتماعية أو قواعد المجاملات ، والثانية: تسمى العادات الاتفاقية.

(أ)- العادات الاجتماعية :

196- العادات الاجتماعية هي العادات التي يغلب عليها طابع المجاملات ومراعاة الذوق العام، كتبادل الزيارات في المواسم والأعياد ، وتقديم الهدايا في المناسبات ، وما تفرضه التقاليد من لباس معين ...إلخ.

والعادات الاجتماعية بهذا المعنى تبعد عن مجال القانون ، فلا يُلزم الأفراد قانوناً على اتباعها لعدم اكتسابها الصفة القانونية ، ويستند اتباعها من الأفراد إلى اعتبارات المجاملة البحتة ، أي: اعتبارات أدبية، وليست قانونية.

(ب) - العادات الاتفاقية:

197- العادات الاتفاقية هي التي تنشأ من اطراد سلوك الأفراد على نحو معين في موضوع يتعلق بمعاملاتهم وتعاقداتهم ، وليس عاداتهم وعلاقاتهم الاجتماعية، وتتمثل في اعتيادهم على الاتفاق على حكم أو قاعدة معينة

تنظم تعاملهم في موضوع ما . فهذه العادات تكتسب صفة الإلزام، وتصبح في قوة القواعد القانونية بمجرد انصراف إرادة الاطراف إليها ، أي: اشتراطها والاتفاق عليها.

ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجري عليه العمل في بعض المناطق من تحمل المستأجر ثمن استهلاك المياه والكهرباء ، كذلك ما يجري عليه العمل في أوساط تجار الفاكهة بالجملة عند البيع بالعدد من احتساب المائة ثمرة من الفاكهة مائة وعشراً، أو مائة وعشرين . من أمثلتها أيضاً ما يحدث عادة في بعض المحلات العامة كالمطاعم والمقاهي والملاهي من دفع نسبة معينة من قيمة الحساب على سبيل «الوهبة» أو « البقشيش» للعمال القائمين على الخدمة ، وإن كان يلاحظ أن هذه العادة الأخيرة قد تحولت بالفعل إلى عرف ملزم في بعض البلاد.

والأصل بالنسبة للعادات الاتفاقية أنها غير ملزمة ، غير أنه تستثنى من ذلك حالتان :

الأولى :

إذا أحال إليها المشرع صراحة ، فبهذه الإحالة تأخذ قوة القاعدة القانونية، وتصبح ملزمة طالما تحققت شروط تطبيقها ، مثال ذلك العادات الخاصة بالفوائد التي أشارت إليها المادة (115) من قانون التجارة الكويتي بقولها : « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون ودون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ...».

الثانية :

إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على تحكيم العادة وتنظيمها

لعقدهما ، ففي هذه الحالة تستمد العادة قوتها الملزمة من إرادة المتعاقدين على العمل بمقتضاها ، فالعادات الاتفاقية تكون ملزمة في هذه الحالة بإرادة المتعاقدين.

واتفاق الأفراد على العادة قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً يستخلص من ظروف التعاقد وملابساته [1] . وتظهر أهمية العادة الاتفاقية في أن التواتر على اشتراطها قد ينتهي بافتراض هذا الاشتراط دون حاجة إلى الاتفاق الصريح عليها ، فتصبح بذلك ملزمة استناداً إلى الاتفاق عليها ضمناً.

العادة الاتفاقية والقاعدة القانونية المكملة :

198- يتعين عدم الخلط - في هذا الصدد - بين العادة الاتفاقية والقاعدة القانونية المكملة ، فإذا كانت العادات الاتفاقية لا تطبق إلا إذا لجأ إليها الأفراد صراحة أو ضمناً ، فالعكس بالنسبة للقواعد المكملة التي تطبق بحسب الأصل ما لم يستبعد تطبيقها من الأفراد ، فهي ملزمة للأفراد ما لم تتجه إرادتهم إلى ما يخالف حكمها ، لذلك فإن تطبيق العادات الاتفاقية يوقف تطبيق القواعد المكملة.

نتائج التمييز بين العادة والعرف :

199- من العرض السابق للتفرقة بين العرف ومجرد العادة يتضح أن التفرقة تقوم أساساً على أن العرف بما له من قوة ملزمة يكون قانوناً، وقواعده قواعد قانونية ملزمة ، بينما مجرد العادة لا ترقى إلى ذلك ، فلا تكون قانوناً ولا تكون ملزمة.

---

(1) وفي غير الحالتين المشار إليهما ، أي: إحالة المشرع إلى العادة الاتفاقية ، واتفاق الأفراد عليها صراحة أو ضمناً ، لا تكون العادة ملزمة ما لم تتحول إلى عرف باستكمال الركن المعنوي لها.

ويترتب على هذه التفرقة العديد من النتائج منها :

أولاً – من حيث تطبيق كل منهما : بما أنّ العرف قانون ، فعلى القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه دون أن يطلب الخصوم ذلك ، بينما لا تطبق العادة الاتفاقية إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في تطبيقها من أطراف الدعوى ، لأنها مجرد شرط من شروط التعاقد.

ثانياً – من حيث الإثبات : فلكون العرف قانوناً ، والمفروض في القاضي العلم بقواعد القانون ، فإن إثباته يوكل للقاضي ولا يقع على الخصوم ، وذلك على خلاف العادة الاتفاقية التي لا تعدو عن أن تكون شرطاً من شروط التعاقد، وعلى من يتمسك بها إثباتها.

ولكن أمام الصعوبات العملية التي قد تعترض إمكان علم القاضي بجميع القواعد العرفية ، وخاصة تلك المتعلقة بالعرف المحلي والعرف الطائفي ، فلا تثريب على القاضي إذا طلب معاونة الخصوم في تقديم الدليل على وجود العرف وإثباته الذي يتم عندئذ بكل طرق الإثبات ، علماً بأن الرأي قديماً كان يلزم من يدعي وجود قاعدة عرفية بأن يقيم الدليل عليها ، وله الاستعانة في ذلك بكل طرق الإثبات.

ثالثاً – من حيث أثر الجهل بالعرف والعادة : تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فإن العرف ، باعتباره قانوناً ، يطبق على الجميع ، علموا به أم لم يعلموا.

أما العادة الاتفاقية فإن العلم بها شرط لتطبيقها ، بل ولا يكفي مجرد العلم بها وإنما يتعين انصراف إرادة الطرفين إلى تطبيق حكمها ، وهذا يفترض بالضرورة العلم بها واللجوء إليها مسبقاً.

رابعاً – من حيث رقابة محكمة التمييز : العادة الاتفاقية مجرد شرط من شروط التعاقد ، فهي مسألة تتعلق بالواقع؛ لذلك فإن

القـاضـي لا يـخـضـع لـرقـابة مـحكمـة التـمـيـيـز في إثبـات وجـودها وفي تطبـيـقـهـا ، بعكس العـرف؛ حـيث يخـضـع القـاضـي فـي إثبـات وجـوده وتفسيره وتطبيقه لرقابة محكمة التمييز ، وفقاً للرأي السـائد.

المطلب الثاني

دور العرف في النظام القانوني

200- تتناول دراستنا لدور العرف في النظام القانوني الموضوعات الثلاثة الآتية :

أولاً : تقييم العرف باعتباره مصدراً للقواعد القانونية ببيان مزاياه وعيوبه.

ثانياً : تحديد مكانة العرف من مصادر القانون.

ثالثاً : تحديد مجال العرف ودوره في فروع القانون المختلفة.

ونخصص لكل موضوع من هذه الموضوعات بنداً مستقلاً.

البند الأول

تقييم العرف باعتباره مصدراً للقواعد القانونية

« مزايا العرف وعيوبه »

201- للعرف باعتباره مصدراً للقواعد القانونية مزايا وعيوب ، تتضح هذه المزايا والعيوب بصفة خاصة بمقارنته بالتشريع ، وذلك على الوجه الآتي :

أولاً- مزايا العرف:

202- يتميز العرف ، باعتباره مصدراً للقواعد القانونية ، بالمزايا الآتية :

(1) - يعد العرف أصدق المصادر تعبيراً عن إرادة الأفراد ورغبتهم في الخضوع للقواعد القانونية؛ لأنه يتكون نتيجة تفاعل الظروف المحيطة بهم في حياتهم وأنشطتهم ، ويأتي وليد ما تفرضه احتياجاتهم ، لذلك استحق العرف تعبير القانون الشعبي لظهوره ونموه من خلال سلوك الشعب وعاداته.

(2)- يعد العرف أداة مرنة لإنتاج القواعد القانونية ، لكونه يتغير ويتطور بتطور المجتمع ، وإن كان يشوبه البُطْءُ في ذلك ، من هنا فإن العرف لا يقتصر على التعبير عن الإرادة الشعبية وما يحيط الأفراد من أفكار وعادات عند نشأته فقط ، وإنما يعكس تطوره ويعبر عن هذا التطور.

(3)- العرف مصدر تلقائي وليس توجيهياً ، فهو ينشأ ذاتياً تدريجياً من خلال ما تعود عليه الأفراد وارتأوه لحكم أنشطتهم.

خلاصة ما سبق أن للعرف ميزة التعبير الصادق ، التلقائي ، عن إرادة ورغبة المجتمع في الخضوع لقاعدة معينة ، إضافة إلى مرونته

لتطوره وتغيره تبعا لتغير وتطور المجتمع.

ثانياً – عيوب العرف :

203– نُسِبَ إلى العرف باعتباره مصدراً للقواعد القانونية بعض العيوب، تظهر بصفة خاصة إذا ما قارناه بالتشريع، نوجزها في الآتي :

(1) – نظراً لكون العرف يتكون تدريجياً، ويكون الزمن عنصراً مهماً فيه، فيعد أداة بطيئة لتكوين القواعد القانونية التي تحتاج لزمن طويل حتى تتكون وتتأصل وتستقر في نفوس الأفراد وتكتسب صفة الإلزام، ويظهر بُطْءُ العرف في إنتاج القواعد القانونية بصفة خاصة بالنسبة للأفكار الجديدة التي تحتاجها المجتمعات الحديثة لمواجهة المتطلبات المتجددة، لذلك فقد نسب إليه أنه يعجز عن تلبية حاجات المجتمع الطارئة؛ ولا يتيح الفرصة للأخذ بالأفكار الحديثة المتطورة بل يتمسك بالقديم والمألوف.

(2) – نُسِبَ إلى العرف أيضاً أن قواعده تتسم بالغموض والإبهام وهذا ما يؤدي إلى صعوبة إثبات مضمونها، ويظهر هذا العيب بوضوح عند مقارنة القاعدة العرفية بالقاعدة التشريعية ذات الصياغة الواضحة المحددة الناتجة عن إرادة واعية.

(3) – قد يترتب على العرف تعدد الأنظمة القانونية في البلد الواحد نظراً لاحتمال اختلافه من إقليم إلى آخر، ومن فئة من الأفراد إلى فئة أخرى.

بيد أن العيوب السابقة لا تعني إهمال العرف كمصدر للقاعدة القانونية، فللعرف دور كبير كما سنرى، يسد ثغرات التشريع من نقص أو عدم وضوح أحياناً، «فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير

التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها ، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري بشأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء ».

البند الثاني

مكانة العرف من مصادر القانون

204- العرف أسبق من التشريع ظهوراً، فهو أول مصدر رسمي ظهر في التاريخ ؛ لهذا فقد كان يحتل المرتبة الأولى في المجتمعات القديمة، حيث انعدم دور الإرادة الواعية، فكانت العبرة بما توحي به الفطرة، وما تفرضه التقاليد.

ولكن أهمية العرف تضاءلت بقدر كبير في المجتمعات الحديثة ، حتى في تلك الأنظمة الأكثر تحيزاً لنظام القانون العرفي، ففي إنجلترا مثلاً - كمثل حي لنظام القانون العرفي غير المكتوب - يشترط لاستخلاص القواعد العرفية العديد من الشروط يظهر منها هبوط منزلة العرف في القانون الإنجليزي؛ إذ يتعين أن تكون القاعدة العرفية قديمة إلى عدة قرون ، وان تكون ثابتة مستقرة ، وغير قائمة على مجرد التسامح ، كما يشترط ألا تكون منافية للعدل والأخلاق والصالح الاجتماعي.

غير أن تضاؤل دور العرف في الوقت الحالي لا يعني انعدام دروه ، بل مازال للعرف أهمية تظهر بصفة خاصة إذا ما علمنا أن العديد من القواعد القانونية التي تتضمنها المصادر الأخرى تستند إلى العرف نفسه ، ويأتي في مقدمة هذه المصادر التشريع.

وتتجسد أهمية العرف حالياً في القانون التجاري والقانون الدولي أكثر من غيرهما من القوانين ، ولكن هذا لا يمنع أنه مصدر عام لجميع القواعد القانونية [1] .

وكانت المادة الأولى من القانون المدني قبل تعديلها تجعل العرف في

---

(1) باستثناء القانون الجنائي الذي يجد مصدره الوحيد في التشريع ، استناداً إلى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي.

المرتبة الثانية بعد التشريع ، أي: كانت تجعله مصدراً احتياطياً يطبق في حالة عدم وجود نص تشريعي ، ولكنه أصبح بعد تعديلها في المرتبة الثالثة بعد التشريع والفقه الإسلامي.

وعلى الرغم من أن العرف يأتي في الوقت الحالي بعد التشريع والفقه الإسلامي ، فإن له دوراً ملحوظاً في كل منهما، وهذا ما نقوم بإيضاحه فيما يأتي :

أولاً- دور العرف بالنسبة للتشريع :

205- أصبح العرف بعد تعديل المادة الأولى من القانون المدني الكويتي في المرتبة الثالثة من مصادر القاعدة القانونية، فلا تطبق قواعده إلا في حالة انعدام النص التشريعي وأحكام الفقه الإسلامي ، فيحكم القاضي عندئذ وفقاً للقواعد العرفية إذا وجدت ، ويكون تطبيق العرف في هذه الحالة تطبيقاً مباشراً وبصفة أصلية مستقلة لا يستند إلى التشريع . ويظل للعرف هذا الدور المباشر باعتباره مصدراً للقواعد القانونية طالما انعدم النص التشريعي، ولم يوجد حكم في الفقه الإسلامي ، فإن وجد أي منهما طُبِقَ واختفى العرف ، ومع ذلك قد يسمح التشريع للعرف بالتطبيق إلى جانبه في بعض الحالات ، أو بدلاً منه في حالات أخرى.

بذلك يكون للعرف دور أصلي مستقل في حالة عدم وجود نص تشريعي وحكم في الفقه الإسلامي ، ودور تبعي عند وجود النص التشريعي ، أو حكم في الفقه الإسلامي ، وذلك على التفصيل الآتي :-

(أ)- دور العرف في حالة انعدام النص التشريعي (الدور الأصلي للعرف):

206- إذا انعدم النص التشريعي، ولم يجد القاضي حكماً في الفقه الإسلامي فإنه يلجأ إلى العرف إن وجد، وعندئذ يقوم العرف بدور أصلي مستقل عن التشريع؛ إذ أن تطبيقه لا يكون بناء على إحالة من نص تشريعي،

وإنما لكونه المصدر الواجب التطبيق أصلاً ، فهو يطبق لعدم وجود نص تشريعي، ولا حكم في الفقه الإسلامي ، فيأتي العرف لتكملة النقص التشريعي ، لذلك يسمى العرف في هذه الحالة بالعرف المستقل أو العرف المكمل للتشريع.

ودور العرف يكون أصلياً ومباشراً في جميع الحالات التي لا ينظمها الفقه الإسلامي، ويغفل التشريع تنظيمها عن قصد أو عن سهو، حتى ولو أحال المشرع فيها إلى العرف؛ لأن الإحالة في مثل هذه الحالات لا تعدو عن أن تكون تطبيقاً للمادة الأولى من القانون المدني [1] .

غير أن دور العرف المكمل أو المستقل في إنتاج القواعد القانونية يختلف باختلاف فروع القانون ، فبينما نجده يقوم بدور مهم في نطاق القانون الدولي العام والقانون الإداري والقانون التجاري ، فإن هذا الدور ينكمش في نطاق بعض القوانين الأخرى، وبصفة خاصة في القانون المدني مقارنة بالقانون التجاري ، وينعدم دور العرف في القانون الجنائي استناداً إلى مبدأ: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي.

ومن أمثلة العرف المكمل للتشريع تلك القاعدة العرفية التي تقرر التضامن بين المدينين بدين تجاري[2] ، بعكس الحال في القانون المدني حيث لا يفترض هذا التضامن ، ولا يكون إلا باتفاق أو بنص خاص.

(2) – دور العرف في حالة وجود نص تشريعي (الدور التبعي للعرف):

207– في حالة وجود نص تشريعي لا يمكن اللجوء إلى القواعد العرفية؛ إذ أن

---

(1) ويكون العرف مكملاً للتشريع سواء أكان ينظم مسألة قائمة بذاتها لم يتناولها التشريع بداءة بالتنظيم، أو كانت فرعاً من أصل تناوله التشريع وحدة بالتنظيم دون أن يتناولها ، سعيد الصادق ، نظرية القانون ، ص 220 .

(2) ويلاحظ أن هذه القاعدة نص عليها العديد من التشريعات التجارية، فأصبحت بذلك قاعدة تشريعية في هذه التشريعات.

إعمال هذه القواعد يفترض انعدام النص التشريعي ، فالقاعدة إذن إن وجود النص التشريعي يخفي القاعدة العرفية[1].

ولكن قد يحدث أن يحيل النص صراحة إلى العرف، إما ليعطيه أولوية التطبيق بدلاً منه ، والعرف عندئذ يكون بديلاً للنص التشريعي، وإما ليعاونه في ضبط وتحديد لفظ أو معيار وضع في صياغة مرنة ، أو للكشف عن نية المتعاقدين ، والعرف يكون في هذه الحالة معاوناً أو مفسراً للنص التشريعي.

وفي كلتا الحالتين ، أي: في حالة العرف البديل وحالة العرف المعاون، يقف دور العرف عند حد كونه تابعاً للنص التشريعي ، ولايوجد بالنسبة لهما تناقض مع النص التشريعي ، ففي العرف البديل تطبق القاعدة العرفية بدلاً من النص التشريعي ، وفي العرف المعاون تطبق القاعدتان العرفية والتشريعية معاً لأن حلولهما متكاملة ، وإلى جانب هذين النوعين من العرف يثور التساؤل عن مدى إمكان وجود نوع ثالث يكون حكمه مخالفاً للنص التشريعي ومناقضاً له ، فهل يوجد هذا العرف المخالف للتشريع ؟ وما حكمه إن وجد؟

الآتي بيان حكم كل نوع من أنواع العرف التابع للتشريع:

(أ) – العرف البديل عن التشريع :

208– قد ينظم المشرع مسألة ما على وضع معين ، ولكنه يوجب الرجوع أولاً إلى ماقد يقرره العرف بالنسبة لهذه المسألة ، معطياً بذلك أولوية التطبيق للقواعد العرفية بدلاً من الحل التشريعي ، عندئذ يكون العرف بديلاً عن التشريع.

---

(1) فالعرف ،كما تقرر محكمة التمييز ، «لا ينشأ إلا في غياب النص القانوني ، ولا يمكن أن يعارض النصوص القانونية النافذة». محكمة التمييز ،10/4/1989 ، مجلة القضاء والقانون ، سبتمبر 1995 ، ص 299 ، قاعدة رقم 88 .

والغالب أن تكون الإحالة إلى العرف في هذه الحالات بالنسبة للقواعد التشريعية المكملة ، ومن أمثلة هذه الإحالة ما نصت عليه المادة (600/ 1) من القانون المدني الكويتي من أنه : « يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك» ، من أمثلة ذلك أيضاً المادة (477) من القانون نفسه التي تقرر أن نفقات تسليم المبيع على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

(ب) - العرف المعاون للتشريع :

209- في حالة العرف المعاون أو المساعد للتشريع يوجد نص تشريعي ولكنه يحتاج إلى معاونة العرف لضبط تطبيقه ، إما لبيان أو تحديد حكم يقرره ، وإما لتفسير لفظ أو مصطلح يستخدمه ، أو لتفسير إرادة المتعاقدين ، وبصفة عامة فإن دور العرف هنا يقتصر على ضبط تطبيق النص التشريعي.

فقد يلجأ المشرع إلى العرف لتحديد المقصود بلفظ أو عبارة أو لتفسير معيار مرن استخدمه ، ومن تطبيقات ذلك إحالة المادة (455) من القانون المدني إلى العرف لتحديد ملحقات المبيع وتوابعه التي يشملها البيع.

من ذلك أيضاً إحالة المشرع إلى العرف لتحديد العيب المتسامح فيه الذي لا يضمنه البائع إعمالاً للمادة (490) من القانون المدني الكويتي ، وكذلك إحالة المادة (134) من قانون التجارة الكويتي إلى العرف لتحديد ما يخصم من الثمن في حالة سداده من المشتري قبل حلول أجله.

وقد يحيل المشرع إلى العرف للوقوف على حقيقة قصد المتعاقدين عند تفسير العقد ، فوفقاً للمادة (193/ 1) مدني يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع

الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري عند التعامل.

(ج) – العرف المخالف للتشريع :

210- إذا وجد عرف يخالف نصاً تشريعياً ، بأن يقوم هذا العرف بتنظيم مسألة ما على وجه يخالف التنظيم الذي يضعه النص التشريعي ، فلا يمكن اللجوء إلى هذا العرف وتطبيقه إلا إذا كان النص التشريعي يقرر قاعدة مكملة، فهذه القاعدة كما يجوز مخالفتها باتفاق الأفراد يجوز للعرف أيضاً أن يخالفها[1]، بل وكثيراً ما تقرر ذلك القاعدة القانونية ذاتها على الوجه السابق عرضه بالنسبة للعرف البديل الذي يطبق بدلاً من النص التشريعي استناداً إلى إرادة المشرع نفسه.

أما إذا كان النص التشريعي يقرر قاعدة آمرة ، فلا يتصور من الناحية العملية وجود عرف يخالفها؛ إذ يكون في هذه الحالة مخالفاً للنظام العام والآداب فلا يصبح عرفاً ، وحتى لو افترضنا جدلاً وجود هذا العرف ، فلن يطبق لوجود النص التشريعي وهو أعلى منه ، فيلتزم القاضي بتطبيق النص وإغفال العرف [2].

ثانياً – دور العرف بالنسبة للفقه الإسلامي :

211- كانت المادة الأولى من القانون المدني قبل تعديلها تجعل العرف ، باعتباره

---

(1) وعندئذ يكون العرف بدوره مكملاً فيجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمه ، وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة العرفية لا تلغي في هذه الحالة القاعدة التشريعية ، وإنما توجد بجانبها بحيث يجوز للأفراد استبعاد حكم القاعدة العرفية والاتفاق على تطبيق القاعدة التشريعية.

(2) يذهب رأي في الفقه إلى أن العرف يمكنه أن يخالف نصاً آمراً أو أن يلغيه إذا كان هذا النص لا يتصل بأحد مصالح الدولة الأساسية التي يتكون منها النظام العام .

انظر في هذا الاتجاه سليمان مرقص ، ص 318 ، الذي يطلق رأيه بالنسبة للعرف التجاري والعرف المدني ، وانظر في قصر ذلك الحكم على العرف التجاري دون العرف المدني ، السنهوري وحشمت أبو ستيت ، ص 93 .

مصدراً للقواعد القانونية ، بعد التشريع وقبل الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي الذي يستهدي به القاضي عند اجتهاده الرأي في النزاع المعروض عليه إذا لم يجد نصاً يمكن تطبيقه في النزاع [1] .

غير أن تقديم العرف وجعله بعد النص التشريعي مباشرة لم يكن يعني أن الأولوية كانت له بصفة دائمة على أحكام الفقه الإسلامي ، ذلك أن العديد من أحكام الفقه الإسلامي قد قننها المشرع الكويتي في النصوص التشريعية التي وضعها ، وهي بذلك تكون لها الأولوية على العرف بحسبانها أصبحت قواعد تشريعية [2] .

كما أن الأحكام والقواعد المنظمة للأحوال الشخصية التي صدر بشأنها قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984 مستقاه جميعها من الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي ، هذه بالإضافة إلى أن القانون المذكور جعل أحكام الفقه الإسلامي ، والمتمثلة في مذهب الإمام مالك ، المصدر الوحيد لقواعده في كل ما لم يرد له حكم فيه [3] .

من ناحية أخرى فإن العرف الذي كان يقدم على أحكام الفقه الإسلامي هو العرف المعتد به شرعاً ، وهذا لا يكون إلا متفقاً مع أحكام الفقه الإسلامي ، خاصة وأن من شروط العرف ألا يكون مخالفاً للنظام

---

(1) وجعل العرف ، باعتباره مصدراً للقواعد القانونية ، في المرتبة الثانية بعد التشريع يأخذ به بعض التشريعات العربية منها القانون المدني المصري ، والقانون المدني العراقي ، بينما تجعل تشريعات أخرى العرف في مرتبة ثالثة بعد التشريع وأحكام الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي ، ومن هذه التشريعات قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، والقانون المدني: السوري ، والليبي ، والجزائري ، والأردني .

(2) ومن أمثلة ذلك الأحكام الخاصة بضمان أذى النفس ، سواء ضمان المباشر ، أو ضمان الدولة ، في حالة تعذر معرفة المسئول عنه أو الملتزم بضمانه التي تنظمها المواد من (255) إلى (260) من القانون المدني.

(3) راجع المادة (343) من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أن : «كل ما لم يرد في هذا الحكم يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك ، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد حكم أصلاً طبقت المبادئ العامة في المذهب».

العام، وهذا المصطلح يتسع ليشمل الأحكام والأصول الشرعية قطعية الثبوت والدلالة، وذلك على الوجه الذي سبق أن أوضحناه.

ومع ذلك فلم يكن مستبعداً أن تنشأ قواعد عرفية، وإن كانت لا تخالف الأحكام الشرعية الكلية قطعية الثبوت والدلالة، فإنها تخالف الأحكام الشرعية التفصيلية التي يدلى بها فقهاء الإسلام، باعتبار أن هذه الأحكام تختلف فيها الآراء باختلاف العصور؛ لذلك فإن ظهور عرف مخالف لهذه الأحكام لا يكون مناقضاً لأحكام الشريعة ولا لفقهها الحنيف، وإنما يكون معبراً عن الاستقرار على رأي معين في مسألة هي بطبيعتها تقبل الاختلاف في الرأي.

فإعمالاً لقاعدة «تغير الأحكام بتغير الأزمان»[1] يجيز فقهاء الإسلام تغيير الأحكام الشرعية غير القطعية التي تتقرر بناء على الاجتهاد في فهم النص، أو استناداً إلى عرف صحيح قائم، فهذا العرف يمكن أن يتطرق إليه التبديل، وذلك يؤدي إلى جواز تغيير الأحكام لتحل محلها أحكام جديدة يراعي فيها ما يستجد من أعراف وعادات[2]، بما يدفع الحرج ويرفع الضرر ويحقق الصالح العام[3].

ولعل الاعتبارات السابقة هي التي دعت المشرع الكويتي – عند

---

(1) انظر في هذه القاعدة: الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق، مصر، 1313هـ، ج 5 ص 125، القرافي، ج (1) ص 176، وانظر المادة (39) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها، محمد جبر الألفي، ص 179.

(2) فطالما كانت مصالح الناس تختلف باختلاف الظروف، وكانت أعرافهم مختلفة باختلاف الأزمان، فإن الأحكام التي تبنى عليها لا يصح أن تؤخذ قانوناً دائماً وشريعة ثابتة تطبق حتى مع اختلاف وجه المصلحة وتغير العرف، راجع في تفصيل ذلك محمد سلام مدكور: مناهج الاجتهاد في الإسلام، الكويت 1973، ص 346.

(3) وذلك على خلاف أحكام الشريعة القطعية، أي: التي بنيت على نص من الكتاب أو السنة أو على الإجماع، فهذه الأحكام غير قابلة للتغيير حتى لا يكون في ذلك نسخاً لحكم شرعي ثابت، انظر محمد جبر الألفي، ص 179، عبد الوهاب خلاف، الحلقة الأولى من علم أصول الفقه، القاهرة 1364هـ، ص123، محمد معروف الدواليبي المدخل إلى علم أصول الفقه، دمشق 1955، ص 291.

وضـعـه لنصـوص القـانون المدني عـام 1980 – إلى تقـديم العـرف على أحكام الفقه الإسلامي في ترتيب مصـادر القانون.

بيد أن التـعديل الذي أجرى أخيـراً على المادة الأولى فقـرة ثـانيـة من القـانون المدني قـدم أحكام الفقـه الإسـلامي الأكثر اتفـاقـاً مـع واقـع البـلاد ومصـالحـهـا على العرف هـادفـاً بذلك، كمـا أوضـحت المذكرة الإيضـاحيـة لهذا التـعديل، أن تصـبـح أحكام الفـقـه الإسلامي مـصـدراً أسـاسـيـاً يرجع إليه القاضـي إذا لم يـجد نصـاً تشـريعياً [1].

---

(1) وفي اعـتـقـادنـا أن التـعـديل المذكور الذي قـدم أحكام الفـقـه الإسـلامي على العـرف، لم يغيـر كثيـراً في الوضـع السـابق الذي كان يجعل العرف مقدماً على أحكام الفقه الإسـلامي، وذلك للأسباب الآتية :
أولاً : أن أحكام الفقه الإسلامي تعتمد العرف المعتبر شرعاً ضمن مصـادرها.
ثانياً: أن التشـريع، المصـدر الأول للقواعد القانونية، يحيل في الكثير من المواضـع إلى العـرف، وعندئذ يحتل العرف، بإحالة المشرع إليه، مكان الصدارة، ويكون مقدماً على أحكام الفقه الإسلامي.
ثالثاً: أن القواعد العرفيـة، في مـجـال المعامـلات المدنية، قليلة إن لم تكن نادرة، خـاصـة إذا اسـتـبـعدنا القواعد التي أحال إليها المشرع لتطبق بدلاً من النص التشريعي أو معه.
رابعاً: أن العرف مـا زال مصـدراً يحتل المرتبة الثانية بعد التشـريع في بعض فـروع القـانون الأخـرى، بصـفـة خـاصـة قـانون التـجـارة والقانون التجاري البحري والقانون الجوي، وبـاسـتـثنـاء قـانون الأحـوال الشـخصية.

البند الثالث

مجال العرف ودوره في فروع القانون

212- يختلف دور العرف باعتباره مصدراً للقواعد القانونية الملزمة باختلاف فروع القانون ، فبينما يقوم بدور واضح في مجال القانون العام ، بصفة خاصة في القانون الدولي العام والقانون الإداري ، فإن دوره ينكمش في نطاق القانون الخاص ، وبصفة خاصة القانون المدني مقارنة بالقانون التجاري.

القانون الدولي العام :

213- ينشط دور العرف في نطاق القانون الدولي العام بسبب قلة قواعده المكتوبة ، لذلك يعد العرف أهم مصادره ، ويتكون من اطراد الدول وتواترها على قاعدة معينة في تعاملها فيما بينها . وقد نصت المادة (39) من لائحة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على العرف مصدراً للقواعد القانونية التي تطبقها.

القانون الدستوري :

214- يختلف دور العرف باعتباره مصدراً للقواعد الدستورية من نظام إلى آخر ، ففي النظام الإنجليزي يعتبر العرف المصدر الرئيسي للقواعد الدستورية ، بينما يقل دور العرف في الأنظمة ذات الدساتير المكتوبة كالكويت ومصر[1] .

ومن أمثلة العرف الدستوري المكمل للقواعد الدستورية في الكويت

---

(1) يشترط فقهاء القانون الدستوري لنشوء العرف الدستوري ، إلى جانب تكرار العمل بالواقعة المكونة له من قبل إحدى السلطات العامة ، عدم معارضة السلطات الأخرى في الدولة على ذلك .
انظر في ذلك ، وفي العرف الدستوري بصفة عامة ، عادل الطبطبائي ، النظام الدستوري في الكويت ، ص 43-68 ، ص 338-344 .

مـا جـرى عليـه العـمل على أن يسـبق الخطاب الأمـيـري نطق سـامٍ عند افتتاح كل دور من أدوار مجلس الأمة [1] .

القانون الإداري :

215- يعتبر العرف أحد المصادر الرسمية للقانون الإداري ، ويتكون العرف الإداري نتيجة اطراد جهة الإدارة على عمل معين واستقرارها على القيام به كلما طرأت مناسبته ، فإذا خالفت الجهة الإدارية ما تواترت عليه كان ذلك خرقاً منها للنظام المتبع مما تجوز المؤاخذة عليه [2] .

القانون الجنائي :

216- على العكس من فروع القانون السابق ذكرها لا يقوم العرف بأي دور أصلي في إنتاج القواعد القانونية في نطاق القانون الجنائي ، فالقاعدة في هذا القانون «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»[3] .

القانون المدني :

217- يتضاءل دور العرف إلى حد كبير في مجال القانون المدني بسبب تقنين أحكامه تشريعياً ، لذلك أصبح اللجوء إلى العرف في هذا المجال أمراً نادراً.

ومن التطبيقات القليلة للعرف في نطاق معاملات القانون المدني في الكويت يمكننا الإشارة إلى ما جرى عليه العرف من تحميل المشتري عمولة السمسرة ، وكذلك ما جرى عليه العمل في الكويت من اعتبار الوكالات المتعاقبة في مجال البيوع العقارية بيوعاً عرفية ، وقد طبق القضاء الكويتي ذلك العرف على التوكيلات المتعاقبة ، المأذون في كل

(1) راجع في ذلك وفي أمثلة أخرى للعرف الدستوري ، عادل الطبطبائي ، ص 340 وبعدها.

(2) محكمة القضاء الإداري المصرية ، 4 مايو 1940 ، المحاماة ، السنة الحادية والثلاثون ، رقم 72 ص 235 .

(3) وإنما يمكن أن يكون للعرف دور تبعي في نطاق القانون الجنائي يقتصر على تفسير المعايير التي يقررها.

منها للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه والتي تكون غير قابلة للإلغاء أو عزل الوكيل ، واعتبر هذه التوكيلات بمثابة بيوع عرفية [1] .

قانون الأحوال الشخصية :

218- يضعف دور العرف في مجال قانون الأحوال الشخصية إلى حد كبير بسبب تقنين أحكامه ، إضافة إلى أن التشريع المنظم لقواعد الأحوال الشخصية في الكويت لم يذكر العرف ضمن مصادر أحكامه . ويمكن الإشارة ، كمثال للقواعد العرفية في مجال الأحوال الشخصية ، إلى القاعدة التي تعتبر أثاث منزل الزوجية ملكاً للزوجة المسلمة في البلاد التي جرى العمل فيها على أن تقوم الزوجة بتجهيز المنزل، سواء من مالها أو من مال أسرتها أو من مهرها، باعتبار أن المهر حق خالص لها شرعاً.

قانون التجارة:

219- يعد القانون التجاري مجالاً خصباً للقواعد العرفية بسبب ما تقتضيه التجارة من تنوع في قواعد التعامل ، هذا بالإضافة إلى قصور التشريع عن ملاحقة هذا التطور في العديد من الموضوعات المستحدثة في المعاملات التجارية، ومن القواعد العرفية في مجال قانون التجارة افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري، وذلك على الوجه الذي سبق لنا أن وضحناه.

---

(1) انظر تمييز كويتي ، 4/1/1984 ، طعن رقم 43 لسنة 83 غير منشور ، وتفادياً للآثار التي قد تترتب على انتهاء وكالة سابقة لأي سبب كان ، فقد قرر القضاء انصراف آثار العقد الذي يبرمه الوكيل الأخير إلى الموكل الأصلي باعتباره موكلاً للوكيل الأخير.

الفصل الثاني
المصادر التفسيرية
«غير الملزمة»



الفصل الثاني

المصادر التفسيرية

«غير الملزمة»

220- مصادر القانون التفسيرية أو غير الملزمة هي المصادر التي لم يعتمدها المشرع ، ومن ثم فلا تكون ملزمة للقاضي ، والمصادر التفسيرية لم يحددها القانون المدني الكويتي بنص صريح ، وإنما كانت الفقرة الثانية من مادته الأولى – قبل تعديلها – تجمعها تحت مصدر واحد هو اجتهاد القاضي ، كما أشارت مذكرته الإيضاحية إلى بعض هذه المصادر عندما قررت أن الفقرة الثانية من المادة الأولى التي أحالت القاضي ، عند اجتهاده الرأي ، إلى أحكام الفقه الإسلامي ، لا تحول دون رجوعه إلى مبادئ القانون العامة ، أو القواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى ، أو أحكام القضاء وآراء الفقه[1]، فرجوع القاضي إلى هذه المصادر يكون باعتبارها مصادر تفسيرية غير ملزمة .

وهكذا يمكننا إرجاع المصادر التفسيرية جميعها إلى اجتهاد القاضي الرأي فيما يعرض عليه من منازعات لم يتعرض لها المشرع، ولا الفقه الإسلامي ولا يوجد بشأنها عرف . أما مفردات هذه المصادر الإيحائية فمتعددة، ويأتي في مقدمتها تلك التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، بصفة خاصة أحكام القضاء ، وآراء الفقهاء ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

نعرض إذن لاجتهاد القاضي ، ثم لأهم المصادر التفسيرية أو الإيحائية التي تساعده في تكوين رأيه.

---

(1) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص 11 .

المبحث الأول

اجتهاد القاضي

تمهيد :

221- كانت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي ، تذكر اجتهاد القاضي باعتباره مصدراً من مصادر القاعدة القانونية ، وقد أثار هذا المصدر نقاشاً فقهياً بشأنه ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بطبيعته، وما إذا كان مصدراً رسمياً ملزماً، أو مجرد مصدر استثناسي غير ملزم، كما أثير التساؤل عن حقيقة دور الفقه الإسلامي في هذا المصدر ، أي في اجتهاد القاضي ، ونقوم فيما يأتي بالتعرض لهذين الموضوعين بعد إيضاح المقصود باجتهاد القاضي.

المطلب الأول

المقصود باجتهاد القاضي

222- يقصد باجتهاد القاضي ، في مقام تحديد مصادر القانون المدني الكويتي، إلزام القاضي بالحكم في النزاع المعروض عليه ، ولو لم تمده المصادر الرسمية بقاعدة يتقيد بها ، مجتهداً في ذلك رأيه [1]، بقيود وضوابط معينة .

بذلك يتحلل اجتهاد القاضي إلى العنصرين الآتيين :-

- التزام القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه وفقاً لاجتهاده.
- أن يتم اجتهاد القاضي وفقاً للتوجيهات والضوابط التي حددها المشرع.

ونوضح هذين العنصرين المكونين لاجتهاد القاضي بإيجاز فيما يأتي :

أولاً- فصل القاضي في النزاع وفقاً لاجتهاده :

223- من المبادئ المسلم بها أن القاضي يلزم بالفصل في كل نزاع معروض عليه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[2] ، لذلك فلا يجوز للقاضي أن يمتنع عن إصدار حكم في النزاع استناداً إلى عدم وجود نص أو عرف يمكن تطبيقه ، وإنما يقع عليه في هذه الحالة أن يجتهد

(1) انظر في اجتهاد القاضي بصفة عامة ، وفي النظام الأنجلو امريكي بصفة خاصة ، إبراهيم شحاته : في اجتهاد القاضي ، « نظرة مقارنة» ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 1962 ، ص 415 ، وانظر في اجتهاد القاضي في الفقه الإسلامي : عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، محاضرات القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالمية.

(2) وفي ذلك تنص المادة (122) من القانون الجنائي المصري على أنه : « إذا امتنع أحد القضاه ... عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيها . ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر».

برأيه ، غاية ما هنالك أنه لا يصدر حكمه وفقاً لميوله الشخصية أو فكره الذاتي ، وإنما وفقاً لاعتبارات موضوعية عامة تبعده عن الميل والهوى، فيأتي حكمه بذلك حكماً موضوعياً مجرداً، وهذا ما نوضحه في الفقرة الآتية.

ثانياً – ضوابط اجتهاد القاضي :

224– إذا كان من الأمور المسلم بها ضرورة فصل القاضي في النزاع المعروض عليه حتى ولو لم يجد قاعدة قانونية يمكنه تطبيقها ، وكان من الأمور المسلم بها أيضاً ضرورة تقييد أو إرشاد القاضي بمعيار أو معايير موضوعية يهتدي بها عند اجتهاده الرأي ، فإن التشريعات قد اختلفت بصدد تحديد هذه المعايير ، فبعضها أحال القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [1] ، وبعض آخر أحاله إلى المبادئ العامة في قانون الدولة [2] ، وبعض ثالث أحال القاضي إحالة عامة إلى القواعد العامة دون تخصيص [3] ، وبعض رابع أحال القاضي إلى ما كان يجب أن يضعه من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع [4] .

أمام هذا الاختلاف بين الأنظمة القانونية في تحديد ما يهتدي به القاضي عند اجتهاده الرأي في حالة عدم وجود قاعدة قانونية في مصادرها الرسمية ، كان أمام المشرع الكويتي ، عند وضعه القانون

---

(1) راجع المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تنص على أن : « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها النصوص في لفظها أو في فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

(2) وهذا ما تنص عليه المادة الثالثة من القانون الايطالي.

(3) وهذا ما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني الصيني ، وكانت المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية للجمهورية الروسية تنص على أنه : « أن لم يوجد نص تشريعي أو إداري يحكم النزاع ، تفصل المحكمة في الخصومة مستهدية بالمبادئ العامة في التشريع السوفيتي والسياسات العامة لحكومة العمال والفلاحين».

(4) المادة الأولى فقرة ثانية من القانون السويسري.

المدني ، الاختيار من بينها أو التجديد فيها ، وقد فضل الأخذ بمعيار جديد هو أن يجتهد القاضي برأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها [1]، بدلاً من الموجه القديم الذي كان يعتنقه قانون التجارة الملغي، وهو إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [2] .

225- وهكذا لم يجعل المشرع الكويتي اجتهاد القاضي مطلقاً وإنما قيده بالاستهداء بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ، وعدا ذلك القيد فإن القاضي كانت له حرية الاجتهاد ، فهو لم يكن مقيداً في رجوعه إلى الفقه الإسلامي بموضوع معين ، ولا بمذهب معين.

وعلى ذلك فإن ضوابط اجتهاد القاضي كانت تتمثل ، قبل تعديل المادة الأولى فقرة ثانية ، في الآتي :

(أ) - كان القاضي مقيداً عند رجوعه إلى أحكام الفقه الإسلامي بالأخذ فقط بتلك الأحكام الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، والتي تتوافق مع

---

(1) والواقع أن هذه الإحالة ليست جديدة كلية ، بل كانت مثار مناقشة عند صياغة المادة الأولى من القانون المدني المصري الحالي، حيث أثير عند نظر هذه المادة أن تكون الإحالة إلى القانون الوضعي المصري بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية بدلا من الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لما تتضمنه فكرة القانون الطبيعي من غموض وعدم تحديد ، ولأن فكرة العدالة فكرة غير ثابتة وغير محددة، وإنما هي مجرد شعور نسبي يختلف من شخص إلى آخر . لذلك اقترح بعض أعضاء لجنة المناقشة أن يطلب من القاضي في حالة عدم وجود قاعدة أن يجتهد في حل النزاع المطروح أمامه مستهدياً بالمبادئ العامة التي يتضمنها القانون الطبيعي في البلاد، ومن أهم أسس هذا النظام الشريعة الإسلامية ، غير أن الأمر انتهى بالاحتفاظ بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، استناداً إلى أن القضاء المصري ألفها .

راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج (1) ص 184 وبعدها.

(2) وقد سوغت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عدم الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بما يؤخذ على هاتين العبارتين من غموض وإبهام ، ولأن مثل هذه العبارات لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني . راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، ص12 .

الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني الكويتي، وكان المقصود من ذلك القيد هو الاحتفاظ للقانون الكويتي بشيء من التجانس والانسجام بين أحكامه، ولعل ذلك كان سبب عدم تقييد المشرع القاضي بمذهب معين، بل أطلق له عنان الاجتهاد برأيه في ضوء اراء جميع المذاهب الفقهية حتى لا يفقد القانون توازنه وانسجام أحكامه.

(2) – لم يكن القاضي مقيداً في الاستهداء بأحكام الفقه الإسلامي بموضوع أو موضوعات معينة، وإنما كان له الرجوع إليه والاستهداء به بالنسبة لجميع المسائل والموضوعات التي لا يوجد بالنسبة لها نص تشريعي، أو قاعدة يمكن تطبيقها.

(3) – لم يكن القاضي مقيداً في الاستهداء بأحكام الفقه الإسلامي بمذهب معين من مذاهبه المتعددة ولا بأرجح الأقوال فيها، وإنما كان له أن يرجع إلى جميع المذاهب الفقهية، سواء تلك المذاهب الأربعة المعروفة وهي الحنفية والشافعية والمالكية والحنبلية، أو غيرها مثل الزيدية والإمامية والظاهرية.

(4) – لم يكن القاضي مقيداً في اجتهاده الرأي بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فقط، وإنما كان له أن يهتدي إلى جانبه، وفقاً لما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني، «بمبادئ القانون العامة، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى، أو أن يستلهم الرأي من الأحكام التي أقرها القضاء والفقه كويتياً أو غير كويتي، ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصلحة الجماعة وتغيا تحقيق العدالة»[1].

---

(1) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ص 11، 12. وبالإضافة إلى ضوابط الاجتهاد التي أشرنا إليها بالمتن، فقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أنه: «لا محل للتخوف من دعوة القاضي إلى الاجتهاد ففي الشروط التي يشترطها القانون فيمن يتولي القضاء، وفي رقابة محكمة التمييز على عمل القضاة خير ضمان لسلامة الاجتهاد وحسن الاعتداد بأحكام الفقه الإسلامي، فضلاً عن توحيد الرأي».

المطلب الثاني

طبيعة اجتهاد القاضي

« مصدر رسمي أم مصدر تفسيري»

انقسام الفقه :

226- أثارت صياغة الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني قبل تعديلها انقسام الفقه بشأن إذا ما كانت دعوة المشرع للقاضي ، في حالة عدم وجود نص أو عرف ، إلى اجتهاد رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي تعني أنه جعل هذا المصدر الذي يلجأ إليه القاضي مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية في القانون الكويتي ، أو أنه مصدر تفسيري أو استئناسي.

فذهب رأي إلى أن المشرع باحالته القاضي إلى الفقه الإسلامي يكون قد اعتبر هذا الفقه مصدراً رسمياً احتياطياً غير محدد للقاعدة القانونية يلزم القاضي بالرجوع إليه [1] .

---

(1) انظر في هذا الرأي بدر جاسم اليعقوب ، الشريعة الإسلامية مصدر القوانين ، مجلة المحامي ص 9- 63 . ويضيف هذا الرأي أن القاعدة التي يستمدها القاضي من الفقه الإسلامي لا تعتبر مصدراً رسمياً يلتزم بتطبيقها كلما وجدت قضية مماثلة ، وإنما يجوز له العدول عنها وفقاً لظروف الحال ، المرجع نفسه ، ص 50 .

وينضم إلى هذا الرأي : منصور مصطفى منصور ، مذكرات في أصول القانون ، 89 - 1990 حيث يقرر: أن النص إذ يقول « اجتهد القاضي رأيه مستهدياً ...» يلزم القاضي بالاجتهاد وفقاً لمنهج معين يجب اتباعه هو الاستهداء بأحكام الفقه الإسلامي للوصول إلى ما يحكم بمقتضاه في المسألة المعروضة عليه . ونظراً إلى أن اجتهاد القاضي قد يؤدي إلى أكثر من رأي ، فالمشرع يلزم القاضي أيضاً بأن يحكم بالرأي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.

وإذا كان النص يلزم القاضي بالاجتهاد مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي ، فذلك هو المنهج الذي اختاره المشرع ليهتدي به القاضي إلى حكم الشريعة الإسلامية في المسألة المعروضة عليه . وبيان ذلك أن أحكام الفقه الإسلامي هي الأحكام التي استنبطها المجتهدون من فقهاء المسلمين من الأدلة الشرعية ، بحيث يعتبر الحكم في نظر المجتهد هو حكم الشريعة الإسلامية . لذلك فالقاعدة التي يهتدي إليها=

227- وذهبنا [1] ، مع آخرين ، إلى أن اجتهاد القاضي برأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي هو مجرد مصدر استئناسي أو تفسيري وليس مصدراً رسمياً، بل هو في الواقع لا يعدو أن يكون بحثاً عن « حل قانوني»، وليس « قاعدة قانونية» بالمعنى الدقيق، يطبقه على النزاع حتى يقطع على نفسه النكول عن القضاء [2] .

واستندنا في عدم اعتبار اجتهاد القاضي - الذي كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني قبل تعديلها - مصدراً رسمياً إلى عدة أسانيد نوجزها في الآتي :

أولاً - إن صياغة المادة الأولى فقرة ثانية كانت تفيد أن رجوع القاضي لأحكام الفقه الإسلامي « ليهتدي»، به وليس ليلتزم به.

ثانياً - إن الرأي الذي يهتدي إليه القاضي يمثل حكماً أو حلاً لنزاع معين مطروح أمامه، ولا يلزمه في نزاع أخر يعرض عليه مستقبلاً ،كما

= القاضي تطبق باعتبارها القاعدة الشرعية أي باعتبارها جزءاً من الشريعة الإسلامية. والاستهداء بأحكام الفقه الإسلامي ، للوصول كما قلنا إلى القاعدة الشرعية ، لا يعني بالضرورة وفي جميع الأحوال أن يحكم القاضي بحكم قال به أحد الفقهاء المسلمين ، فقد يجد القاضي الحكم الشرعي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها لدى أحد الفقهاء فيحكم به. ولكن اجتهاد القاضي مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي يتسع لأكثر من هذا ، فهو يتسع فيما نرى لأن يجتهد القاضي نفسه ، كما يجتهد المجتهدون من الفقهاء المسلمين ، لاستنباط الحكم الشرعي من الأدلة متبعا أصول الاجتهاد ، كأن يقيس المسألة المعروضة عليه على مسألة أخرى ، وخاصة إذا كانت المسألة المعروضة من مستجدات العصر التي لم يعرض لها القدامي من فقهاء المسلمين ، وبهذا ننتهي إلى أن الشريعة الإسلامية في مجموعها تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً يلي العرف . فيجب على القاضي ، إذا لم يجد نصا تشريعياً ولا عرفا ، أن يطبق حكم الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الاجتهاد يهدي إلى أكثر من رأي فعليه أن يطبق الرأي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.

(1) راجع مؤلفنا في أصول القانون ، مؤسسة الصباح ، الكويت 1984 ص 128 وبعدها.

(2) انظر في المعنى نفسه : محمد هشام القاسم ، ملاحظات حول بعض مواد الباب التمهيدي من القانون المدني الكويتي ، مجلة الحقوق ، السنة السادسة ، العدد الأول ، ص 15، أحمد شرف الدين ، تساؤلات في القانون المدني الكويتي الجديد حول تناسقه الداخلي وتوافقه الخارجي ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الأول ، ص 31 ، 33 .

لا يلزم غيره من القضاة ولو كانوا أقل درجة منه ، وهو بذلك لا يمثل قاعدة قانونية بما تتصف به من عموم وتجريد وقابلية للتطبيق على عدد غير متناهي من الحالات.

ثالثاً – إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات تقتصر وظيفة القاضي على تطبيق القواعد القانونية وليس إنشائها.

رابعاً – إن اجتهاد القاضي مهتدياً بأحكام الفقه الإسلامي ، ووفقاً لما سبق أن أوضحنا ، ما هو إلا صياغة بديلة لإحالة القاضي إلى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي كانت تأخذ بها المادة الرابعة من قانون التجارة الملغي ، ومن المسلم به أن هذه الإحالة لا تعتبر مصدراً رسمياً للقواعد القانونية [1] .

خامساً : إن أحكام القاضي ، وعلى ما سنرى تفصيلاً ، لا تعد مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ، وإنما مجرد حل فردي لنزاع معروض [2] .

228– نشير أخيراً إلى أنه إزاء انقسام الرأي حول طبيعة اجتهاد القاضي باعتباره مصدراً للقانون المدني الكويتي ، فقد قرر بعض الفقهاء أن صياغة الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي وتعليق المذكرة الإيضاحية بشأنها ، والآراء التي أبداها بعض أعضاء لجنة وضع القانون المدني في محاضرات عامة ، تجعل من غير الميسور القطع برأي واضح ومحدد في هذه المسألة ، مما يستلزم أن يعيد المشرع النظر في هذه المادة ، ليبين بوضوح مدى إلزامية الفقه الإسلامي [3] .

---

(1) منصور مصطفى منصور ، مذكرات في أصول القانون ، 73/74 ص 98 .

(2) راجع لاحقاً فقرة رقم 232 وما بعدها.

(3) انظر إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي : المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، ص 101 .

المطلب الثالث

دور الفقه الإسلامي في اجتهاد القاضي
وفي مصادر القانون المدني الكويتي
قبل تعديل مادته الأولى

229- ترتب على غموض الصياغة القديمة للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني ، واختلاف الفقهاء في تحديد حقيقة المقصود باجتهاد القاضي الذي أشارت إليه هذه الفقرة ، ترتب على ذلك أن اختلف الفقهاء - أيضاً - حول حقيقة الدور الذي يقوم به الفقه الإسلامي في اجتهاد القاضي ، ومن ثم في مصادر القانون المدني الكويتي.

فمن رأى أن اجتهاد القاضي يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون المدني الكويتي رأى أيضاً أن « الفقه الإسلامي في مجموعة يعتبر مصدراً رسمياً « احتياطياً غير محدد للقاعدة القانونية يلزم القاضي بالرجوع إليه » [1] .

فالفقه الإسلامي ، أو الشريعة الإسلامية ، وفقاً لهذا الرأي تعتبر مصدراً رسمياً يلي العرف ، فيجب على القاضي ، إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً ، أن يطبق حكم الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الاجتهاد يهدي إلى أكثر من رأي فعليه أن يطبق الرأي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها[2] .

230- أما بالنسبة لنا ، وإذ رأينا أن اجتهاد القاضي ، وفقاً لصياغة الفقرة الأولى من القانون المدني قبل تعديلها ، لا يخرج عن كونه مصدراً

(1) بدر جاسم اليعقوب ، المرجع الذي سبقت الإشارة اليه .

(2) منصور مصطفى منصور ، المرجع والإشارة السابقتان.

تفسيرياً فكان منطقياً أن نعتبر الفقه الإسلامي مصدراً تفسيرياً يبحث فيه القاضي عن حل النزاع المعروض عليه [1] ، فالذي رأيناه تفسيراً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي – قبل تعديلها – وما جاء تعليقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور من فتح المجال واسعاً للقاضي في الاهتداء بالمصادر التفسيرية الأخرى ، هو إن القاضي لم يكن ملزماً قانوناً بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، بل كان له أن يرجع أولا يرجع إليه ، وإن رجع فلم يكن مقيداً بالأخذ بأحكامه ، إذ لو أراد المشرع إلزام القاضي بالرجوع للفقه الإسلامي لكان قد قصر رجوعه إلى المصادر الأخرى على حالة عدم وجود الحل في هذا الفقه الإسلامي ، بيد أن المذكرة الإيضاحية أوضحت أن رجوع القاضي إلى المصادر الأخرى يكون بجانب رجوعه إلى الفقه الإسلامي وليس تالياً له .

231– ولعل ما يؤكد ما كنا نراه من أن الصياغة السابقة للفقرة الثانية من المادة الأولى للقانون المدني لم تكن تجعل من الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً لقواعده القانونية ، أن الاقتراح الذي تقدمت به اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، والذي أقره مجلس الأمة ، قد تفادى تلك الصياغة المعيبة للفقرة المذكورة، ونص صراحة على تطبيق القاضي أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ، إضافة إلى أنه قدم أحكام هذا الفقه على العرف ، وهكذا أصبحت صياغة الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على الوجه الآتي :

« فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه

(1) في المعنى نفسه ،أحمد شرف الدين ، ص 31 ، 33 ، محمد هشام القاسم ، ص 15، ومذكراته في أصول القانون العام 1981 ، ص38 .

الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف».

فبهذه الصياغة أصبح الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً ثانياً بعد التشريع ويسبق العرف.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم ذكر المشرع الكويتي لاجتهاد القاضي ضمن مصادر القانون في التعديل الذي أجراه على الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني لا يعني أنه أسقط هذا المصدر ، وإنما يبقي اجتهاد القاضي ضمن المصادر التفسيرية غير الملزمة ، على الرغم من عدم النص عليه ، فقد أوضحنا أن المقصود باجتهاد القاضي دعوته إلى الحكم في النزاع المعروض عليه ولو لم يجد نصاً أو قاعدة قانونية يمكنه تطبيقها ، حيث يتعين عليه عندئذ أن يجتهد رأيه.

بعد أن أوضحنا المقصود باجتهاد القاضي ، ننتقل إلى دراسة أهم المصادر التفسيرية التي تساعد القاضي في اجتهاده وتكوين رأيه ، نبدأ بدراسة القضاء ، ثم الفقه ، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الثاني

القضـــاء

المقصود بالقضاء :

232– يقصد بالقضاء "jurisprudence" في مجال مصادر القانون – المبادئ والقواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية فيما يعرض من منازعات [1] .

فأحكام المحاكم منها ما يصدر بشأن مسائل لا يثير تطبيق القانون عليها خلاف ، ومنها ما يصدر بشأن مسائل يكون حكم القانون فيها محل نزاع وخلافاً ، فيصدر الحكم حاسماً لهذا النزاع، مقرراً لمبدأ قانوني . وهذا النوع الثاني من الأحكام هو الذي يعنينا أكثر في مجال دراسة مصادر القانون.

غير أن لفظة القضاء قد تستخدم أيضاً في معان أخرى : فقد يقصد بها الهيئة أو السلطة التي يناط بها الفصل في المنازعات ، كما قد يراد بها عملية الفصل في المنازعات ذاتها وتطبيق حكم القانون عليها .

---

(1) راجع في القضاء، وفي المصادر التفسيرية بصفة عامة :
– عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون.
– سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني ، القاهرة ، الطبعة السادسة عام 1987 .
– عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الرابعة ، 1965 .
– توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1981 .
– حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الخامسة ، 1974 .
– سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية – جلال حزي وشركاه – 1986 .

وهكذا تطلق كلمة القضاء في معان أربعة هي :

- نوع معين من العمل تختص به السلطة القضائية هو الفصل في المنازعات.
- الجهة أو السلطة التي تملك هذا العمل أي السلطة القضائية.
- نتيجة هذا العمل، وهو مجموع الأحكام العادية الصادرة من المحاكم بمعنى التراث القضائي.
- نوع معين من الأحكام الصادرة من المحاكم، وهي التي تمثل اتجاهاً في مسألة ما خاصة إذا كانت محل خلاف، وكما أشرنا فإن الذي يعنينا أكثر هو هذا المعنى الأخير.

دور القضاء في تكوين القواعد القانونية :

233- كان للقضاء في الأنظمة القانونية القديمة دور كبير في إنتاج القواعد القانونية مباشرة، فكان يعد بذلك مصدراً رسمياً مباشراً للقانون (1).

---

(1) ويظهر ذلك في القانون الروماني بصفة خاصة نظراً للدور المهم الذي كان يقوم به الحاكم القضائي الملقب بالبريتور، إذ كان عليه عند بدء تصديه لشئون القضاء والفصل في المنازعات أن يصدر منشوراً يوضح فيه القواعد القانونية التي ينوي العمل بمقتضاها. وكان على البريتور الذي يخلفه في العمل القضائي أن يصدر بدوره منشوراً جديداً يضمنه القواعد القانونية التي ثبتت صلاحيتها من منشور سلفه، إضافة إلى ما يراه من قواعد جديدة مستحدثة، وبتوالي وتعدد هذه المنشورات تكون ما يسمى بالمنشور المستديم، أو القانون البريتوري، الذي أصبح ملزما لكل حاكم قضائي يعمل بمقتضاه ولا يمكنه تعديل ما جاء به من قواعد قانونية.

كذلك كان للقضاء في الشريعة الإسلامية دور مهم إلى حد اعتباره مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في صدر الإسلام وفي عهد الخلفاء الراشدين، واستمر هذا الدور حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية، حيث تركزت فيهم حركة الاجتهاد، وقاموا بتدوين الفقه الإسلامي في مؤلفاتهم، وكان القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في هذه الفترة، إذ كان القاضي يجتهد برأيه في حالة عدم وجود نص قرآني أو سنة نبوية، فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قال له : كيف تقضي إذا عرض عليك قضاء؟ قال : اجتهد برأيي ولا آلو. فضرب الرسول على صدره، وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله». غير أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن ما كان يصدره القاضي من أحكام بناء على اجتهاده لم يكن ملزماً له ولا لغيره من القضاة، وهذا من شأنه أن يقلل من أهمية دور القضاء باعتباره مصدراً رسمياً، أضف إلى ذلك أيضاً عدم تدوين الأحكام في مدونات رسمية يسهل الرجوع إليها.

أما في الأنظمة الحالية فقد تضاءلت أهمية القضاء، وقنع في الغالبية منها بدور غير مباشر بالنسبة لتكوين القواعد القانونية يتمثل في اعتباره مجرد مصدر استئناسي أو تفسيري غير ملزم [1] ، ولم يعد يحتفظ بمكانته القديمة ، أي: باعتباره مصدراً رسمياً ملزماً ، إلا في القليل من هذه الأنظمة ، وهي النظم الانجلو أمريكية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية ، والذي بمقتضاه تلتزم المحكمة – والمحاكم الأدنى منها – بما تصدره من أحكام في القضايا المتماثلة ، وبالتالي تطبق الأحكام مع هذا النظام بصورة مطردة ملزمة كما تطبق القواعد القانونية [2].

234– ففي الوقت الحالي ، وباستثناء الأنظمة التي تأخذ بالسوابق القضائية، لم

---

(1) راجع في دور القضاء في تكوين القواعد القانونية.
– كاربونييه ، القانون المدني ، ج (1) لفقرة 31 وبعدها.
– روبييه ، النظام القانوني ونظرية مصادر القانون ، دراسات مهداه إلى ريبير ، ج1 ، ص 12 وبعدها.

(2) يتميز القانون الإنجليزي بأنه قانون قضائي – بحسب الأصل – لكونه يتكون من مجموعة من أحكام المحاكم التي تسمى بالسوابق القضائية – فالقضاء الإنجليزي يتكون من مجلس اللوردات ، الذي يمثل الهيئة القضائية العليا ، ويلي مجلس اللوردات ، محكمة الاستئناف ، ثم المحاكم الابتدائية ، ويسود النظام القضائي الإنجليزي مبدأ مهم يقضي بأن ما يصدر من أحكام من إحدى درجات التقاضي الثلاث يكون ملزماً للمحكمة التي أصدرت هذه الأحكام ، كما يكون ملزماً لغيرها من المحاكم التي في مستواها والمحاكم الأدنى منها ، فإذا أصدر مجلس اللوردات حكماً يكون ملزماً له ولجميع درجات التقاضي في المملكة المتحدة ، ويتعين للعدول عن هذا الحكم صدور تشريع بذلك ، أما إذا صدر الحكم من محكمة الاستئناف فيلزمها ويلزم ما يليها من محاكم ، ولكن لا يلزم ما يعلوها وهو مجلس اللوردات ، وهكذا تكون من أحكام المحاكم ، أو السوابق القضائية، القانون الإنجليزي المعروف باسم « الكومون لو "Common Law" وهو قانون قضائي بحت.

وإلى جانب الكومون لو « كانت توجد قواعد قانونية أخرى مصدرها القضاء أيضاً ، لكونها تتكون من الأحكام التي تصدرها محاكم العدالة ، ويطلق على مجموعة هذه القواعد تسمية قانون العدالة . ومن قانون « الكومون لو» وقانون «العدالة» تكون القانون الإنجليزي.

وعلى الرغم من بدء التدخل التشريعي في القانون الإنجليزي وإصدار العديد من التشريعات في الوقت الحالي، فما زال للسوابق القضائية الصفة الغالبة .

وبالنظام الإنجليزي تأخذ جميع الأنظمة الأنجلو سكسونية مثل بعض الولايات المتحدة الأمريكية والهند واستراليا.

يعد القضاء مصدراً ملزماً للقواعد القانونية بالمعنى الدقيق ، بل اقتصر دوره على اعتباره مجرد مصدر تفسيري استئناسي غير ملزم للقاضي الذي أصدر الحكم ولا لغيره ، فأحكام المحاكم تمثل مجرد حل قانوني – وليس قاعدة قانونية – للنزاع المعروض دون غيره من المنازعات.

ويرجع عدم اعتبار أحكام المحاكم ، أياً كانت المحكمة التي أصدرتها ، مصدراً رسمياً للقواعد القانونية إلى فقدانها للصفات المميزة للقواعد القانونية، فهذه الأحكام لا تقيد المحاكم الأخرى ، كما أنها لا تقيد القاضي نفسه الذي أصدرها؛ إذ يظل له الحق في العدول عنها في قضايا لاحقة ، لذلك فإن الحلول التي يأتي بها تبعد عن أن تكون قواعد قانونية بالمعنى الدقيق لافتقارها لصفة العموم والتجريد وصفة الإلزام[1] . هذا بالإضافة إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات يأبى أن تكون السلطة القضائية مصدراً للقواعد القانونية ، بل تقتصر سلطتها على الفصل في المنازعات بتطبيق القوانين وليس وضعها [2] .

---

(1) فيتعين لوجود القاعدة القانونية الملزمة واجبة التطبيق توافر صفات وخصائص معينة منها ، بصفة خاصة ، أن تكون قاعدة عامة يتيسر معرفتها سلفاً قبل تطبيقها ، وأن يكون تطبيقها بالنسبة للمستقبل وليس الماضي ، ومثل هذه الصفات لا تتوافر في الحلول القضائية ، وهذا أمر يحول دون جعلها قواعد قانونية.

(2) ومع ذلك فهناك من رأي أن القضاء يعد مصدراً رسمياً للقواعد القانونية وليس مجرد مصدر تفسيري، مستنداً في ذلك إلى بعض الحالات التي رأى فيها أن دور القاضي يكون منشئاً للقاعدة القانونية خالقاً لها ، من هذه الحالات :

– عدم وجود قاعدة قانونية في أحد المصادر الرسمية للقانون ، ففي هذه الحالة ولأن القاضي يكون ملزماً بالفصل في النزاع، فإنه يجتهد برأيه ويصدر الحكم ، فإذا تواتر تطبيق القاعدة ذاتها في منازعات أخرى مماثلة ، تنشأ قاعدة قانونية قضائية ، ومما يرسخ من ثبوت هذه القاعدة تأييد المحكمة العليا لها ، باعتبار أن الأحكام التي تخالفها سيكون مصيرها الإلغاء في هذه الحالة.

– عدم ملاءمة القاعدة القانونية مع ظروف الواقع العملي للمنازعات ، فيضطر القضاء ، تحت ستار التفسير ، إلى الخروج على القاعدة منشئاً لقاعدة قانونية جديدة ، وتحقيقاً للعدالة تجد هذه القاعدة قبولاً من المحاكم الأخرى وتواتر في تطبيقها والعمل بها . راجع لمزيد من التفاصيل : سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 507 وبعدها.

ولكن ، ومع تسليمنا بصحة ما قرره الاتجاه السابق من وجود حالات يجتهد فيها القاضي في حالة=

235- غير أن القول بأن القضاء لا يُعَدُّ مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في الوقت الحالي لا يعني أن أحكام المحاكم عديمة التأثير في تكوين وخلق الحلول والقواعد القانونية ، حقيقة أن عمل القضاة هو تطبيق القانون وتفسيره عند الفصل فيما يعرض عليهم من منازعات ، لكن القاضي، لكونه ملزماً بالفصل في المنازعات ، حتى يقطع على نفسه النكول عن القضاء ، يقع عليه أن يجتهد برأيه إذا لم تسعفه المصادر الرسمية ، ففي حالة انعدام النص التشريعي وغيره من المصادر الرسمية الأخرى عليه أن يحكم وفقاً لاجتهاده، فيخلق بذلك الحل القانوني، وقد أشرنا إلى أن للقاضي في اجتهاده هذا أن يرجع إلى أحكام القضاء السابقة ليستأنس بها، ويستلهم الحل منها .

من ناحية أخرى، وعلى الرغم من أن القضاء يقف عند حد كونه مصدراً للحلول القانونية وليس للقواعد القانونية ، فيجب ألا نغفل ما له من أهمية عملية بالغة ، بصفة خاصة بالنسبة لتلك الأحكام التي تضع مبادئ قانونية؛ ذلك أن المحاكم غالباً ما تحرص على التقيد بهذه المبادئ والحلول القانونية في القضايا المماثلة التي تعرض عليها ، وبصفة خاصة إذا ما تأيدت هذه المبادئ القانونية من المحكمة العليا في التنظيم القضائي ، غير أن التزامها يكون في هذه الحالة واقعياً أدبياً وليس رسمياً ، فيظل لها الحق في مخالفته.

= عدم وجود قاعدة قانونية وحالات أخرى يخرج فيها عن قاعدة موجودة تحت ستار التفسير ، فإن ذلك لا يكفي لجعل القضاء في هذه الحالات مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ، ذلك أن أحكام القضاء في الحالتين السابقتين تقتصر قيمتها على الحالات الواقعية التي صدرت بشأنها ، فلا تلزم باقي المحاكم، ولا تلزم القاضي نفسه الذي أصدرها بل يكون له دائماً العدول عنها . كما أن حالات اجتهاد القاضي بالرأي تكون بناء على دعوة من المشرع.

حقيقة أن القاضي في الكثير من الحالات يخلق القاعدة القانونية وينشئها ، لكن إنشاءه هذا يكون واقعيا وليس رسميا فلا تكون ملزمة ما لم يتم اعتمادها في أحد المصادر الرسمية المعتمدة قانوناً.

نشير أخيراً إلى ما للأحكام القضائية من دور مهم باعتبارها مصدراً مادياً للمشرع يستقي منها الحلول المختلفة، ويصوغها في صورة قواعد تشريعية، فيكون القضاء عندئذ مصدراً غير مباشر للقواعد القانونية.

المبحث الثالث

الفقـــــه

المقصود بالفقه :

236– يقصد بالفقه[1] الآراء والأفكار التي ينتهي إليها الفقهاء الباحثون في علم القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية بصفة عامة ، والفقيه هو كل متعمق أو متخصص في الدراسات القانونية ودأب على البحث فيها بحثاً علمياً مجرداً.

كما يطلق لفظ الفقه على الفقهاء أنفسهم القائمين بالبحث في العلوم والدراسات القانونية ، وهكذا يطلق الفقه على علم القانون، وعلى علماء القانون.

دور الفقه في تكوين القواعد القانونية :

237 – كان الفقه – مثل القضاء – يحظى بمرتبة لها شأن كبير في بعض الأنظمة القديمة ، حيث كان مصدراً رسمياً للقانون ، ولكنه فقد هذه المرتبة في جميع الأنظمة القانونية الحديثة ، واقتصر دوره على كونه مصدراً تفسيرياً غير مباشر للقواعد القانونية ، شأنه في ذلك شأن القضاء . ونبين فيما يأتي ما كان عليه الفقه قديماً، وما آل إليه حديثاً.

(ا) – الفقه في الأنظمة القانونية القديمة :

238– كان للفقه في المجتمعات القديمة دور ملحوظ في بناء صرح القانون ، إذ كانت آراء الفقهاء من المصادر الرسمية للقانون ، ويظهر ذلك بصفة خاصة في القانون الروماني، والفقه الإسلامي.

(أ) – ففي القانون الروماني ، كان لكبار الفقهاء في العصر العلمي –

---

(1) Doctrine ويسمي الفقهاء juristes بالفرنسية ، وjurists بالإنجليزية .

وهو العصر الذهبي للفقه - الحق في إعطاء الفتاوى القانونية التي تكون ملزمة للقضاة فيما يعرض عليهم من منازعات .

واستمر الوضع على ذلك إلى أن صدر قانون الأسانيد في عهد الإمبراطور تيودوز الثاني عام 426 قبل الميلاد الذي ألزم القضاة باتباع فقهاء العصر العلمي الخمسة المشهورين وهم : مودستان ، بول ، اولبيان ، جايوس ، وبابنيان ، وبذلك أصبح لآراء هؤلاء الفقهاء قوة القانون ، وعُدَّ الفقه مصدراً رسمياً للقانون الروماني[1] .

هذا، ولا يخفي أن مجموعة جوستنيان التي أصبح لها قوة القانون ابتداء من عام 533م استقت أحكامها من آراء كبار الفقهاء.

(ب) - وفي الشريعة الإسلامية كان للفقه الإسلامي دور واضح أيضاً ، فمن مصادر الشريعة الإسلامية - بعد القرآن الكريم والسنة - الإجماع والقياس ، والإجماع هو اتفاق علماء الشريعة على حكم لم يرد بشأنه نص في القرآن الكريم أو في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومعنى هذا أن إجماع الفقه على حكم لم يرد بشأنه نص أو سنة كان يعتبر مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية.

ومن ناحية أخرى نجد أن القياس - وهو تطبيق حكم حالة ورد عنها نص على حالة لم يرد بشأنها نص لاتحاد العلة في الحالتين - امتد ليشمل الاجتهاد فيما لا نص فيه، وكان يقوم بالاجتهاد صفوة الفقهاء، حيث وضعت له شروط محددة.

---

(1) فقد صدر عام 426 قبل الميلاد تشريع امبراطوري جعل من الآراء التي يبديها هؤلاء الفقهاء الخمسة قوة رسمية ملزمة طالما اجمعوا على رأي واحد ، فإن اختلفوا في الرأي فيعتد برأي الأغلبية منهم ، فإذا تساووا في العدد يكون الترجيح لرأي الفقيه بابنيان ، فإذا لم يكن له رأي كان للقاضي الأخذ برأي أي الفريقين.

وعن طريق الإجماع والاجتهاد أثرى فقهاء المسلمين الشريعة الإسلامية بالأحكام والقواعد وازدهرت جهودهم على وجه الخصوص في عصر الدولة العباسية الذي تميز بظهور المذاهب الفقهية، وفي مقدمتها مذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

(2) – الفقه في العصر الحديث :

239– لم يعد الفقه في الأنظمة القانونية المعاصرة مصدراً رسمياً للقانون فآراء الفقيه أياً كانت منزلته العلمية، وإجماع الفقه على حكم معين لا يكون لأي واحد منهما أية قوة ملزمة للقاضي [1].

غير أن، الفقه وإن لم يكن له صفة رسمية، فإن أهميته العلمية الواقعية لا تخفى، ولا جدال في أنه يعد مصدراً غير مباشر للقواعد القانونية، حيث يجد فيه المشرع مادة خصبة لما يسن من تشريعات، كما أنه مصدر تفسيري استئناسي يجد فيه القضاء موجهاً أساسياً لما يصدر من أحكام [2].

وإذا كان هذا هو ما آل إليه دور الفقه – بصفة عامة – في الوقت الحالي فقد سبق أن أشرنا إلى ما كان للفقه الإسلامي – بصفة خاصة – من دور مهم في تكوين اجتهاد القاضي، حيث خصه المشرع بالذكر من بين المصادر التي يرجع إليها القاضي، فكان بذلك المصدر التفسيري

---

(1) راجع في دور الفقه في القانون :
– دابان، النظرية العامة للقانون، 1969، فقرة رقم 28 وبعدها.
– روبييه، النظام القانوني ونظرية مصادر القانون الخاص الفرنسي في منتصف القرن العشرين، دراسات مهداة إلى ريبر، ج (1) 1950.
– كاربونييه، القانون المدني، ج (1) فلقرة 35 وبعدها.

(2) هذا بالإضافة إلى ما للفقه، وتحليلاته وانتقاداته للقواعد القانونية، من دور لا يجحد في تطوير التشريعات وتعديلها بما يتفق مع حاجات المجتمع المتطورة.

الأول ، ويرجع ذلك إلى ارتباط الفقه الإسلامي ، واستناده إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، التي كانت المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية في البلاد الإسلامية – وقد توج دور الفقه أخيراً بمقتضى التعديل التشريعي الذي أدخله القانون رقم (15) لسنة 1996 على الفقرة الثانية من المادة الأولى ، فقد أصبح الفقه الإسلامي بهذا التعديل مصدراً رسمياً يأتي بعد التشريع مباشرة ، وذلك على الوجه الذي سبق لنا أن أوضحناه.

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

240 – كانت المادة الرابعة من القانون التجاري الكويتي الملغي تجعل من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً لقواعده في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ، فكانت المادة المذكورة تنص على الآتي :

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب العرف ، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام ، فإذا لم يوجد عرف طبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

بيد أن هذا المصدر من مصادر القانون لم يأخذ به المشرع الكويتي في القانون المدني الحالي ، فلم يذكره ضمن المصادر التي عددتها المادة الأولى من هذا القانون . ومع ذلك فقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور إلى فكرة العدالة كشرط لرجوع القاضي – عند اجتهاده الرأي – لأحكام القضاء والفقه مما يشير – ولو من بعيد – إلى أن العدالة تعد من المصادر الاستئناسية التي تساعد القاضي في تكوين اجتهاده.

فما المقصود بفكرة العدالة ؟ وما علاقتها بفكرة القانون الطبيعي ؟ وما حقيقة دور كل منهما في تكوين القواعد القانونية ؟

هذا ما نوضحه في الآتي :

(أ) – القانون الطبيعي :

241– كان يقصد بالقانون الطبيعي قديماً مجموعة من المبادئ والقواعد المثلى الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، والتي يستلهمها العقل المستنير من الطبيعة ، ولكن هذا المعنى تطور في العصور اللاحقة ، تحت ضغط

ما وجه إليه من انتقادات حتى أصبح يقتصر على مجموعة من الموجهات السامية تعد مُثُلاً عليا واجبة المراعاة عند وضع القواعد القانونية . فإذن المقصود فكرة القانون الطبيعي – في الفكر القانوني المعاصر – مجموعة من الموجهات والمبادئ العامة والتي لا ترقى إلى درجة القواعد القانونية بما تمتاز به من تحديد وانضباط وقابلية للتطبيق لحل المنازعات [1] .

(ب) – العدالة :

242– أما العدالة فبدورها بعيدة عن أن تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية، فهي عبارة عن شعور وإحساس كامن بضرورة إيتاء كل ذي حق حقه، فدور العدالة يقف عند حد كونها موجهاً عاماً وإطاراً محدداً للحلول القانونية وليس مصدراً للقواعد القانونية.

ومن ناحية أخرى ، فإذا تعمقنا في تحليل فكرتي القانون الطبيعي والعدالة وجدناهما فكرة واحدة ، فالقانون الطبيعي ، ومصدره الطبيعة أو طبائع الأشياء لا يتصور أن يمدنا إلا بأفكار تتسم بالعدالة ، وإلا ما عُدَّت هذه طبيعة.

والعدالة ، وبالإضافة إلى أنها فكرة مثلى ، وبالتالي من الأفكار التي ينادي بها أنصار القانون الطبيعي، وتعتبر من دعائمه الأساسية والإطار العام لما يحتويه من مبادئ ، فهي التي على ضوئها يتم تطبيق أفكار القانون الطبيعي بالاعتداد بالظروف الخاصة بكل حالة على حدة .

243– وأياً كان الأمر ، وسواء اعتبرنا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة واحدة أو فكرتين منفصلتين ، فالذي يهمنا هو الإشارة إلى أنهما تعبران عن أفكار مرنة مطاطة، لا تصلح لأن تمدنا بقواعد قانونية

---

(1) راجع في المزيد عن فكرة القانون الطبيعي ، لاحقاً الباب الرابع ، فقرة رقم 376 وبعدها.

منضبطة ، وبالتالي لا يمكن عدهما من المصادر الرسمية للقانون بالمعنى الصحيح ، وتقتصر إحالة المشرع إليهما - إذا ما حدث ذلك كما كان الحال في قانون التجارة الكويتي الملغي - على تكليف القاضي الاجتهاد برأيه مستهديا بهذه الأفكار . « فهذه العبارات لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني، وإنما هي تلزمه أن يجتهد برأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهي تقتضي في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي وتارة إلى العدالة»[1].

وبطبيعة الحال فإن الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يكون إلا في حالة عدم وجود قاعدة في المصادر الرسمية ، عندئذ يتعين على القاضي الحكم في النزاع المعروض أمامه مجتهداً برأيه في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصلحة الجماعة، وتتغيا تحقيق العدالة . أما إذا وجد الحل في أي من التشريع أو الفقه الإسلامي أو العرف ، التزم به القاضي حتى ولو رأى فيه حلاً ظالماً تأباه العدالة ، وليس له أن يلجأ إلى قواعد العدالة للحكم بحل آخر.

ولما كانت قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة أفكاراً جوفاء تبعد عن التحديد وتستعصي عن التعريف الدقيق ، فإن للقاضي أن يستأنس بغيرها من الأفكار والموجهات العامة ، كمبادئ القانون العامة [2] ، والقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى ، وأحكام القضاء والفقه ... وغير ذلك من المبادئ العامة والمعايير الموضوعية ، ولكنه يكون ملزماً في الوقت نفسه بالابتعاد عن الحكم وفقاً لأفكاره

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص12 .

(2) ومن أمثلتها عدم التعسف في استعمال الحق ، وعدم الإضرار بالغير دون وجه حق ، وحسن النية، ومبدأ المشروعية ، وعدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع.

الخاصة ومعتقداته الذاتية.

ويترتب على عدم اعتبار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً مباشراً بالمعنى الصحيح أن ما يصدر من القاضي من أحكام استناداً إلى هذه الأفكار لا يلزمه في قضايا لاحقة، ولا يلزم غيره في قضايا مشابهة.

الخلاصة في مصادر القانون الكويتي :

244- يتضح لنا من عرضنا السابق لمصادر القانون المختلفة ومواقف القانون الكويتي من كل منها ، أن المشرع الكويتي كان عند وضع القانون المدني يجعل التشريع المصدر الرئيسي الأول، ويليه العرف ، في حالة عدم وجود نص تشريعي ، وجعله مثله مصدراً رسمياً للقانون ، ولكنه مصدراً احتياطياً.

وكان المشرع يقتصر على هذين المصدرين – التشريع والعرف – مصدرين رسميين للقانون . أما المصادر غير الرسمية ، أي: غير الملزمة، فقد كان ينظمها جميعاً تحت مصدر واحد هو اجتهاد القاضي ، وجعله المشرع مصدراً تفسيرياً استثنائياً ، غير ملزم ، بمقتضاه كان يطلق للقاضي حرية الاجتهاد بحثاً عن الحل القانوني ، وفقاً للمعايير والقيود السابق الإشارة إليها ، دون أن يقيده بمصدر تفسيري معين ، وإن كان قد خص بالذكر أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ، ليجعل له أهمية خاصة تصل إلى حد جعله المصدر التفسيري أو الأستثناثي الأول الذي يرجع إليه القاضي ، طالما كانت أحكامه متفقة مع واقع الكويت وظروفها الخاصة.

وبمقتضى التعديل التشريعي الذي أجري على الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني أصبح الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً

لقواعد القانون المدني، يأتي في المرتبة الثانية بعد النص التشريعي . أما العرف فأصبح يأتي في المرتبة الثالثة بعد أحكام الفقه الإسلامي . أما اجتهاد القاضي فيظل كما هو مصدراً تفسيرياً للقواعد القانونية ، ولا يحتاج إلزام القاضي الاجتهاد بالرأي إلى نص تشريعي ، بحسبان أنه يكون ملزماً بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات ، فإن لم يجد حلاً في المصادر الرسمية تعين عليه اجتهاد رأيه مستعيناً بالمصادر التفسيرية.

الباب الثالث

تطبيق القـانـون

الباب الثالث

تطبيق القانون

تمهيد :

245- يثير تطبيق القانون من المحاكم [1] - أي: إعمال حكمه على ما يحدث في الواقع العملي من منازعات وعلى ما ينشأ من مراكز وعلاقات قانونية بين الأفراد - العديد من المسائل ، يأتي في مقدمتها التأكد من أن القانون المطلوب تطبيقه قانون صحيح ومشروع ، وذلك يتطلب منا التعرض لسلطة المحاكم في الرقابة على صحة القوانين وشرعيتها .

فإذا كان القانون صحيحاً وشرعياً ، أي: واجب التطبيق فالقاعدة أنه يطبق على الجميع، ولا يقبل من أحد الاعتذار بالجهل بالقانون ، وهذه هي المسألة الثانية التي سنتناولها .

على أن تطبيق القانون ونفاذ أحكامه على الجميع لا يعنى إطلاق تطبيقه في المكان والزمان ، ولكننا سنرى أن هناك نطاقاً لتطبيق القانون سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان .

وأخيراً ، إذا ما تقرر تطبيق القانون، وتحدد نطاق ذلك التطبيق ينتقل القاضي إلى تحديد الحكم أو الحل القانوني واجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه ، أي: استنباط الحكم الذي يقرره نص أو نصوص القانون الذي تم تحديده ، واستنباط الحكم القانوني هو ما يواجهه

---

(1) وتتحلل عملية تطبيق القاضي للأحكام التي تقررها القواعد القانونية إلى المراحل الثلاث الآتية :
أولاً : تحديد وقائع النزاع المعروض عليه .
ثانياً : تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذه الوقائع .
ثالثاً : إعمال حكم القانون والنطق به .
راجع عبد الحى حجازي ، ص 499 .

الشراح عادة تحت تسمية تفسير القانون ، إلا أننا نفضل التسمية الأولى لدقتها وانطباقها على الواقع أكثر ، ففي الكثير من الحالات يكون نص القانون واضحاً ولا يحتاج إلى تفسير، وإنما يحتاج فقط إلى تحديد أو استنباط حكمه .

وعملية تفسير القانون لدى القاضي تكون تابعة لاستنباط الحكم وليس هدفاً مستقلاً، فلا يلجأ إليها إلا عند الحاجة ، ومع ذلك سوف نستخدم تسمية تفسير القانون لاستقرارها وعموم استخدامها على أن يكون المقصود بها ما سبق أن أوضحناه، أي: استنباط الحكم القانوني من القاعدة القانونية واجبة التطبيق .

وبعد الوصول إلى حقيقة الحكم القانوني ، الذي يكون بمثابة الحل الواجب أعماله ، لا يبقى سوى تطبيقه وإعمال حكمه على النزاع، والحكم به قضائياً .

وبذلك تتحدد موضوعات بحث تطبيق القانون على الوجه الآتي :

الفصل الأول : شرعية القوانين والرقابة القضائية عليها .

الفصل الثاني : مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

الفصل الثالث : تطبيق القانون من حيث المكان .

الفصل الرابع : تطبيق القانون من حيث الزمان .

الفصل الخامس : تفسير القانون.

الفصل الأول

شرعية القوانين
والرقابة القضائية عليها

الفصل الأول

شرعية القوانين والرقابة القضائية عليها

تدرج التشريعات من حيث القوة :

246- التشريعات ، بمعنى القواعد القانونية المكتوبة ، ليست على مستوى واحد من حيث قوتها وتدرجها الهرمي ، وإنما تتدرج إلى درجات ثلاث هي : التشريع الدستوري ، فالتشريع العادي ، فالتشريع الفرعي :

(أ) - التشريع الدستوري ، أو الدستور ، يأتي في المرتبة الأولى في قمة التشريعات باعتباره التشريع الأساسي للدولة ، فهو أقوى وأسمى التشريعات ، لما يتضمنه من قواعد عليا سامية واجبة الاتباع من كل السلطات بما فيها السلطة التشريعية .

(ب) - التشريع العادي ، والذي يطلق عليه عادة تسمية «القانون» بمعناه الضيق، يأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور ، سواء أكان هذا التشريع برلمانياً ، أي: صادراً من البرلمان «مجلس الأمة» الجهة المختصة بالتشريع بحسب الأصل، أو كان تشريعاً حكومياً ، أي: صادراً من السلطة التنفيذية في الحالات الاستثنائية التي يمنحها الدستور هذا الحق ، إما في حالات الضرورة والاستعجال «مراسيم الاستعجال» وإما في حالات التفويض التشريعي « المراسيم التفويضية» .

كما تعد الاتفاقيات الدولية التي تنفرد السلطة التنفيذية بإبرامها والتصديق عليها في قوة التشريع العادي « القانون» وذلك على الوجه السابق إيضاحه [1] .

---

(1) مع مراعاة أن بعض الدول - كفرنسا - تجعل بعض هذه المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية في مرتبة أعلى من القانون العادي، وأدنى من الدستور ، على الوجه الذي سبق أن تعرضنا له، وعندئذ يراعى هذا التدرج في القوانين ، فيجب عند إعداد الاتفاقيات الدولية مراعاة أحكام الدستور ومراعاة قيوده، =

(جـ) التشريع الفرعي ، أي: القرارات واللوائح "les reglements" التي تصدرها السلطة التنفيذية بالتطبيق لسلطتها اللائحية ، يأتي في المرتبة الثالثة بعد الدستور، وبعد القانون، أي: التشريع العادي .

وجوب تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى :

247 – يترتب على تدرج التشريعات على الوجه السابق عرضه نتيجة على قدر من الأهمية هي وجوب تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى منه وعدم مخالفة أحكامه ، فالتشريع العادي « القانون» يتقيد بالدستور ، ولا يجوز أن يخالف أحكامه والتشريع الفرعي « اللائحة» يتقيد بالتشريع العادي ، كما يتقيد ، من باب أولى ، بالدستور ، ولا يمكنه مخالفة أحكامهما .

ويترتب على هذا التدرج التشريعي ، ووجوب تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى ، أنه إذا خالف تشريع أدنى تشريعاً أعلى منه تعين تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى ، يستوي في ذلك أن تكون المخالفة من حيث الشكل، أو من حيث الموضوع ، فلا يكفي لنفاذ التشريع وإعمال قواعده أن تتخذ بالنسبة لإصداره ونفاذه الإجراءات التشريعية التي سبق إيضاحها بالنسبة لكل تشريع على حدة ، والتي باتباعها يصبح تشريعاً صحيحاً من حيث الشكل والإجراءات ، وإنما يتعين ، بالإضافة إلى هذه الصحة الشكلية ، أن يكون التشريع صحيحاً من حيث الموضوع ، بأن لا تتعارض أحكامه مع أحكام تشريع أعلى منه، وإلا كان غير شرعي؛ لذلك تسمى هذه الصحة الموضوعية بالشرعية ، أي: شرعية القوانين واللوائح .

= ويجب عند وضع القوانين العادية مراعاة ما تتضمنه الاتفاقيات الدولية الأعلى منها من أحكام وعدم مخالفتها ، وإلا امتنعت المحاكم الفرنسية عن تطبيق القانون المخالف للاتفاقيات الدولية .راجع ما سبق فقرة رقم 139 .

مدى سلطة المحاكم في الرقابة على شرعية القوانين وصحتها :

248 – تبين لنا من عرضنا السابق أنه يتعين لإعمال القانون وتطبيق أحكامه أن يكون صحيحاً، وشرعياً ، والمقصود بصحة القانون أن يكون قد توافرت فيه شروط وإجراءات تكوينه ، فإن كان تشريعاً يجب أن يكون قد مر بالإجراءات التشريعية السابق عرضها ، وأن يكون قد صدر من الجهة المختصة بإصداره .

أما شرعية القانون فالمقصود بها – وكما أوضحنا – ألا يتضمن قواعد تخالف ما تضمنه قانون أعلى منه درجة .

ويثور التساؤل ، عند تطبيق قانون ما ، إذا ما كانت المحكمة المنوط بها تطبيق هذا القانون تملك سلطة التحقق من صحته وشرعيته أو لا تملك ذلك . كما يثور التساؤل – إذا ما ثبت للمحكمة عدم صحة القانون أو عدم شرعيته – إذا ما كانت تملك الحكم ببطلانه ، أو على الأقل تمتنع عن تطبيقه .

تثير هذه التساؤلات مسألة رقابة المحاكم على دستورية القوانين وشرعية اللوائح ، التي نقوم بتوضيح حكمها، حيث نعرض أولاً لسلطة المحاكم في الرقابة على اللوائح ، ثم لسلطة المحاكم في الرقابة على القوانين، وذلك على الوجه الآتي :

أولاً– سلطة المحاكم في الرقابة على اللوائح :

249– المقصود باللوائح التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية إعمالاً لسلطتها اللائحية، ونميز فيما يتعلق بسلطة المحاكم في الرقابة على هذه اللوائح، بين رقابة المحاكم عليها من حيث الشكل للتأكد من اتباع السلطة التنفيذية للإجراءات الشكلية المرسومة لوضع هذه اللوائح، وبين رقابة المحاكم عليها من حيث الموضوع، للتأكد من عدم مخالفة القواعد

التي تقررها لقواعد التشريع العادي، أو لقواعد الدستور.

(أ) – الرقابة على اللوائح من حيث الشكل :

250 – يذهب الرأي السائد فقهاً وقضاء في القانون المقارن إلى أن للمحاكم عند تطبيقها للوائح أن تتأكد أنها قد صدرت صحيحة وفقاً للإجراءات المرسومة لها، ومن الجهة المختصة بإصدارها ، فإذا تبين لها مخالفة هذه الإجراءات انعدمت اللائحة ، ولا يكون لها وجود قانوني، وتمتنع عند تطبيقها [1] .

غير أن المحاكم العادية لا تملك ولاية إلغاء هذه اللوائح وإنما ينعقد ذلك للقضاء الإداري الذي يختص بإلغاء اللوائح غير الصحيحة من حيث الشكل .

وبالنسبة للكويت فقد كانت المادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم (19) لسنة 1959 تمنع المحاكم العادية من التعرض للقرار الإداري بالإلغاء أو وقف التنفيذ أو التأويل ، وأمام عدم وجود محاكم إدارية في الكويت قبل عام 1981 فقد كانت اللوائح الإدارية غير خاضعة للرقابة ، وظل الأمر على هذا الحال حتى إنشاء المحكمة الدستورية بالقانون الصادر عام 1973 ، الذي جعل من اختصاصها الرقابة على شرعية اللوائح ودستوريتها معاً . ثم انتقل الاختصاص بالرقابة على صحة اللوائح إلى المحكمة الإدارية التي أنشأها المرسوم بالقانون رقم (20) لسنة 1981 .

(1) يقرر القضاء المصرى بطلان اللائحة إذا لم يراع فى اصدارها الاجراء الذى نصت عليه المادة (63) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1973 التي تنص على أنه :« على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحية أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات »، واستناداً إلى هذا النص يبطل القضاء الإدارى اللائحة التي تخالفه. راجع مجلس الدولة المصري ، 26 فبراير 1952 ، المحاماة ، 33 ،1066 – 467 ، وانظر نقض مدني مصري 2 مايو 1967 ، مجموعة أحكام النقض ، س 18 ، ص 931 .

وبذلك يمكننا القول إن الرقابة على صحة اللوائح في الكويت لم تبدأ إلا بإنشاء المحكمة الدستورية عام 1973 ، ثم انتقلت منها إلى المحكمة الإدارية بإنشائها عام 1981 .

(2) – الرقابة على اللوائح من حيث الموضوع :

251– نميز هنا بين الرقابة على شرعية اللوائح ، أي: عدم تعارض أحكامها مع أحكام التشريعات العادية ، وبين الرقابة على دستورية اللوائح ، أي: عدم تعارض أحكامها مع أحكام الدستور .

(أ) – الرقابة على شرعية اللوائح :

252– تنعقد ولاية الرقابة على شرعية اللوائح في الكويت – في الوقت الحالي – للمحكمة الإدارية التي أنشأها القانون رقم (20) لسنة 1981[1]، فقد أوكل إليها القانون المذكور سلطة إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة ببعض شئون الوظيفة ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم (61) لسنة 1982 ، الذي عمل به اعتباراً من 12/6/1983 ، ووسع من ولاية المحكمة الإدارية، فجعله اختصاصاً شبه عام إلا ما استثنى صراحة ، مثل القرارات المتعلقة بالجنسية والإقامة وإبعاد الأجانب [2].

---

(1) وتتمثل المحكمة الإدارية فى دوائر بالمحكمة الكلية تشكل كل منها من ثلاثة قضاة .

(2) وبنفاذ ذلك القانون أصبح اختصاص المحكمة الإدارية يشمل قضاء الإلغاء والتعويض فى الموضوعات الاتية :

أولاً : المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.

ثانياً : الطلبات التى يقدمها ذو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة المدنية .

ثالثاً : الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدراية بالترقية .

رابعاً : الطلبات التى يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم .

خامساً : الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات =

أما قبل صدور القانون رقم (20) لسنة 1981 الذي أنشأ القضاء الإداري فكان النظر في شرعية اللوائح يدخل في اختصاص المحكمة الدستورية إعمالاً للمادة السادسة من قانون إنشاء هذه المحكمة[1].

(ب) – الرقابة على دستورية اللوائح :

253 – جعلت المادة (137) من الدستور الكويتي الرقابة على دستورية اللوائح من اختصاص المحكمة الدستورية التي أنشأها القانون رقم (14) لسنة 1973 . وإن كان يلاحظ – في هذا الصدد – أن الأفراد لا يمكنهم الطعن في القرارات واللوائح الإدارية المخالفة للدستور أمام هذه المحكمة مباشرة ، وإنما يتم ذلك عن طريق المحكمة التي تنظر في تطبيق اللائحة حيث يمكنهم الدفع أمامها بعدم شرعية اللائحة ، فتقوم المحكمة بإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية لنظر مدى شرعيتها [2].

ثانياً – سلطة المحاكم في الرقابة على القوانين :

254 – المقصود بالقوانين هنا التشريعات العادية ، أي: تلك التي تأتي في مرتبة

= الصادرة فى شأن مسائل الجنسية والإقامة وإبعاد غير الكويتيين ، وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

سادساً : المنازعات التى تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، أو أي عقد إدارى آخر .

(1) وتجدر الإشارة إلى أن المادتين (169) ، (171) من دستور الكويت تجعلان اختصاص النظر فى اللوائح والقرارات الإدارية من اختصاص القضاء الإدارى ، وأمام عدم وجود هذا القضاء فى الكويت عند صدور قانون المحكمة الدستورية فقد أناط المشرع بهذا الاختصاص للمحكمة الدستورية. راجع فى التوفيق من قانون المحكمة الدستورية والمادتين (169) ، (171) من الدستور اللتين تجعلان هذا الاختصاص للقضاء الادارى ، عثمان عبد الملك الصالح ، السلطة اللائحية للإدارة فى الكويت فى الفقه وأحكام القضاء ، اصدار مجلة الحقوق والشريعة ، 1977 ص 102 ، حيث يرى أن الاختصاص بنظر شرعية اللائحة ينعقد للمحكمة الدستورية فى الفترة السابقة على انشاء المحكمة الإدارية ، أما بعد إنشاء المحكمة الادارية فى عام 1981 فلم تعد المحكمة الدستورية مختصة بالنظر فى شرعية اللوائح ، انظر فى نفس المعنى أيضاً ، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية ص 68 .

(2) وفقاً للمادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية يكون حق مباشرة الدعوى الأصلية أمام هذه المحكمة لمجلس الوزراء ومجلس الأمة والمحاكم .

وسط بين الدستور واللائحة ، يستوي في ذلك أن تكون صادرة من السلطة التشريعية المختصة أصلاً بإصدارها، أو صادرة من السلطة التنفيذية في الحالات التي تملك فيها هذا الاختصاص ، وبالنسبة لدستورية هذه التشريعات ومدى حق المحاكم في بحثها لتقرير ما إذا كان التشريع العادي ، المطلوب تطبيقه في موضوع النزاع الذي تبحثه ، موافقاً للدستور أم مخالفاً له ، فيفرق بصددها بين رقابة المحاكم على دستورية القوانين من حيث الشكل ورقابتها من حيث الموضوع .

(1) – رقابة المحاكم على دستورية القوانين من حيث الشكل :

255 – بالنسبة لرقابة المحاكم على دستورية القوانين من حيث الشكل فمن المسلم به أن للمحاكم تلك الرقابة ، فلها أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور من حيث الشكل لصدوره بالمخالفة لأحكامه التي تستوجب إجراءات معينة يتعين مراعاتها ، كعدم نشر القانون في الجريدة الرسمية، أو غير ذلك من الإجراءات التي سبقت الإشارة إليها ؛ إذ بعدم اتباع هذه الإجراءات والشروط الشكلية لا نكون بصدد قانون نافذ وبالتالي فلا يمكن تطبيقه .

(2) – رقابة المحاكم على دستورية القوانين من حيث الموضوع :

256 – لا تثار الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع إلا في حالة تضمن القانون المطلوب تطبيقه مخالفة للدستور ، كصدور قانون يجرم فعلاً معيناً، ويقرر له عقوبة، وينص على سريان أحكامه بأثر رجعي على الأفعال التي وقعت قبل صدوره، مخالفاً بذلك المبدأ الدستوري الذي يقرر أنه لاعقاب إلا على الجرائم اللاحقة لنفاذ القانون .

وقد انقسم الرأي فيما يتعلق بمدى حق المحاكم في هذه الرقابة إلى اتجاهين:

(أ) - **الاتجاه الأول** : ينكر الاتجاه الأول على المحاكم العادية سلطة الرقابة الموضوعية على دستورية القوانين ، ويحرم عليها الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور ، كما يحرم عليها من باب أولى إلغاءه ، وذلك على أساس أن تدخل المحاكم لبحث دستورية القوانين يكون فيه اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات ، الذي يقضي بعدم تدخل أي منها في عمل غيرها من السلطات. فإن امتنعت السلطة القضائية عن تطبيق القانون غير الدستوري يكون في ذلك اعتداء وتدخل في عمل السلطة التشريعية .

وقد أخذت بعض الدساتير، مثل الدستور البلجيكي والدستور البولندي ،بوجهة النظر هذه فحرمت على المحاكم العادية بحث دستورية القوانين . لذلك تنظم هذه الدول ما يسمى برقابة الإلغاء، ومعها تتم الرقابة على دستورية القوانين عن طريق دعوى ترفع أمام محكمة خاصة يوكل إليها بحث هذه المسألة .

على أن هذا الحرمان مقيد بطبيعة الحال بأن يكون الدستور جامداً، أي: لايمكن تعديله إلا بإجراءات خاصة تختلف عن تلك المقررة بالنسبة للتشريعات العادية.

أما بالنسبة للدساتير المرنة فلن تثور معها هذه المسألة، حيث إن تعديلها يتم وفقاً لنفس إجراءات التشريع العادي ، وبالتالي فإذا صدر تشريع يتضمن أحكاماً تخالف الدستور كان معدلاً له في نطاق هذه الأحكام المخالفة .

(ب) – **الاتجاه الثاني** : يسلم الاتجاه الثاني بسلطة المحاكم العادية في بحث دستورية القوانين وحقها في رفض تطبيق القانون الذي

يثبت لديها أنه مخالف للدستور[1]، وذلك إعمالا لمبدئي المشروعية وتدرج القوانين ، وكلاهما يقضي بوجوب تطبيق القوانين، بحيث لا يخالف القانونُ الأدنى القانونَ الأعلى منه ، ولن يتسنى للمحاكم إعمال هذين المبدأين ما لم نسلم لها بالحق في رقابة دستورية القوانين . والمحاكم ملزمة بتطبيق جميع القوانين ، فكما هي ملزمة بتطبيق القانون العادي ، هي ملزمة أيضاً بتطبيق الدستور، وفى حالة تعارض أحكامهما وجب عليها تغليب الأقوى.

وقد اعتنقت هذا الرأي دساتير بعض الدول منها الولايات المتحدة الأمريكية .

257 – أما بالنسبة للكويت فقد أخذت بالاتجاه الأول ، لذلك أناط القانون رقم (14) لسنة 1973 للمحكمة الدستورية ، دون غيرها ، ولاية الفصل في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح [2] .

وتتألف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري [3].

---

(1) وتقتصر سلطة المحاكم فى هذه الحالة على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، ولكنها لاتملك إلغاءه ، اعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، فإن فعلت كان في ذلك تدخلاً في عمل السلطة التشريعية ، وهذا ما لاتملكه .

(2) أما قبل صدور هذا القانون فقد أنقسم الرأى حول حق المحاكم الكويتية العادية فى الرقابة على دستورية القوانين : فذهب رأى إلى عدم ولاية هذه المحاكم فى نظر دستورية القوانين مستنداً فى ذلك إلى المادة (173) من الدستور الكويتى التى نصت على أن يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ، وذهب رأى آخر إلى ولاية المحاكم الكويتية في نظر دستورية القوانين عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . أما القضاء فقد قرر عدم اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين.

راجع لمزيد من التفاصيل : عادل الطبطبائي ، ص 885 وبعدها .

(3) كما يختار مجلس القضاء عضوين احتياطيين ، ويشترط فى جميع الأعضاء أن يكونوا من الكويتيين. وإذا خلا محل أى عضو من الأعضاء الأصليين أو الأحتياطيين اختار مجلس القضاء بالاقتراع السرى من يحل محله، ويكون تعيينه بمرسوم أيضاً . راجع المادة الثانية من قانون المحكمة الدستورية.

ووفقاً للمادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية ترفع المنازعات أمام هذه المحكمة بإحدى الطريقتين الآتيتين :

أ – بطلب من مجلس الأمة أومن مجلس الوزراء .

ب – إذا رأت إحدى المحاكم في أثناء نظر قضية من القضايا ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف الدعوى ، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة ، توقف نظر القضية، وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه [1] .

258 – مما سبق يتضح لنا أن النظر في دستورية القوانين واللوائح في الكويت تختص به المحكمة الدستورية دون غيرها، أما النظر في شرعية اللوائح فتختص به المحكمة الإدارية [2] .

---

(1) وقد أجازت المادة الرابعة لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية خلال شهر من صدور الحكم المذكور .

(2) أما الرقابة على شرعية ودستورية الأوامر الإدارية الفردية فتختص بها المحكمة الإدارية .
عثمان عبد الملك ، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت ، دراسة مقارنة، ص24 .

الفصل الثاني

عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

الفصل الثاني
عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:

259 – يقصد بمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون[1] أن الشخص لا يحق له أن يستند إلى جهله بأحكام القانون ليطلب استبعاده وعدم تطبيق أحكامه عليه . فالقانون يطبق على الجميع من علم به ومن لم يعلم، والجهل بأحكام القانون لايحول دون تطبيقه والتقيد بأحكامه، ولايشكل في حد ذاته عذراً للأستثناء من أحكامه .

ويستند مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على العديد من الاعتبارات القانونية والعملية الواقعية التي تعترض اشتراط علم الأفراد بالقوانين علماً فعلياً قبل تطبيقها عليهم ، من هذه الاعتبارات :

أولاً – أن القوانين بما تتميز به قواعدها من عموم وتجريد تقوم على المساواة بين الأفراد أمامها ، ولو أبيح الاحتجاج بالجهل بالقانون وعدم تطبيقه على من لم يعلم لترتب على ذلك إهدار مبدأ المساواة أمام القوانين .

ثانياً – يترتب على اشتراط علم الأفراد بالقوانين لتطبيقها عليهم تناقض غريب إذ يُجَازى من عَلِم بالقانون بتطبيقه عليه ، أما من يجهله فإنه يُكَافَأُ بإعفائه من حكمه .

ثالثاً – قواعد القانون – كما سبق أن عرفنا – تتميز بكونها قواعد ملزمة، وتطبق بمجرد نفاذها، وصفة الإلزام هذه تتناقض مع اشتراط

---

(1) راجع فى مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل باحكام القانون:

"Nemo jus ignorare censeur " Nemo censeur legem ignorare la loi" "Nul n'est cense ignorer la loi"

– سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، 1986 منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص 593 وبعدها .

– مصطفى الجمال ، الجهل بالأحكام المدنية ، مجلة الحقوق 1971 ، ع (1) ، ع (2) .

– محمد وجدي عبد الصمد ، الاعتذار بالجهل بالقانون ، 1973 .

العلم بالقانون لإمكان تطبيقه؛ إذ يستطيع كل من يخالف قواعد القانون الادعاء بجهله به ليستبعد تطبيقه .

رابعاً – يتعذر من الناحية العملية حمل القانون إلى علم الجميع فرداً فرداً ، هذا بالإضافة إلى صعوبة التأكد من الادعاء بالجهل بالقانون ، خاصة وأن هذه الواقعة سلبية صعبة الإثبات.

خامساً – وأخيراً فإن المصلحة العامة تتطلب تطبيق القانون على الجميع دون تفرقة بين من علم ومن لم يعلم ، وذلك لضمان وكفالة النظام في المجتمع. فإذا أحتج البعض بجهلهم بالقانون ، فلهم مصلحة ولاشك في هذا ، وهى مصلحة خاصة فردية ، ولكنها تتعارض مع مصلحة الجماعة ، وفى ذلك مُسوِّغ كافٍ لإهدارها حفاظاً على مصلحة الجماعة بأسرها .

لتلك الاعتبارات وغيرها ، فإن القاعدة هي لزوم تطبيق القوانين على الجميع علموا بها أو لم يعلموا ، ولا يقبل من أحد أن يَدّعي جهله القانون. وهذه القاعدة من المبادىء الأساسية والأصول العامة التي لا تحتاج إلى نص يقررها؛ لذلك فإن القوانين الحديثة تغفل النص عليها صراحة ، وإن كانت تستفاد ضمناً من النص على العمل بالقوانين بعد فترة معينة من تاريخ نشرها ، كما يمكن استخلاصها مما تتصف به القواعد القانونية من عموم وقوة ملزمة بالنسبة للجميع.

260 – ويساعد على تقبل مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بعض الاعتبارات نذكر منها :

أولاً – أن المصادر التي تظهر فيها القواعد القانونية غالباً ما يتحقق معها العلم بهذه القواعد ، فالتشريع ، وهو أهم مصادر القانون في العصر الحديث ، لا ينفذ إلا بعد نشره وفوات فترة معينة من الزمن بقصد إعطاء الفرصة لعلم الأفراد بالقانون ، وكثيراً ما يتحقق العلم الفعلي بالنسبة للتشريعات ، خاصة المهمة منها ، وذلك بوسائل الإعلام

المختلفة المقروءة والمرئية . وبالنسبة لباقي مصادر القانون ، نجد العرف يفترض في تكوينه ونشوئه علم الأفراد أو الغالبية منهم بقواعده، فهو ينشأ عن عاداتهم وتقاليدهم المطردة خلال حقبة ممتدة من الزمن ، بالإضافة إلى تواتر العمل بها بصفة مستمرة . كذلك بالنسبة للقواعد الدينية وقواعد الشريعة الإسلامية ، خاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق .

ثانياً – إن القواعد القانونية ليست بعيدة عن الفكر الإنسانى ، فالقانون ظاهرة اجتماعية تنبع أحكامه وقواعده من المجتمع موافقة لما هو سائد فيه من أفكار ، ففي المعاملات بصفة خاصة كثيراً ما يهتدي الأفراد إلى تنظيم القانون وأحكامه ، ومعظم قواعد القانون الجزائي معروفة ومتوقعة سلفاً ، فهي تدور حول تحريم كل ماهو ضار بمصالح الأفراد والمجتمع ، والغالب أن تكون تصرفات الأفراد مطابقة للقانون بصرف النظر عن العلم أو الجهل به .

أساس المبدأ :

261– ذهب رأى إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يقوم استناداً إلى قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، مفادها افتراض علم الجميع بالقانون بمجرد نشره ونفاذه. ومن هنا كثيراً ما يطلق على هذا المبدأ « لا يفترض في أحد أنه يجهل القانون» أو « يفترض علم الجميع بالقانون» .

ولكن هذا التأسيس غير صحيح من وجهة نظرنا ، فبالإضافة إلى ما وجه إلى فكرة القرينة القانونية التي لاتقبل إثبات العكس من نقد – سبق أن أوضحناه – فإن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يستند إلى اعتبارات اجتماعية تتمثل في ضرورة الاستقرار القانوني، وما يستوجبه ذلك الاستقرار من عدم اشتراط العلم اليقيني بالقانون

لتطبيقه على الأفراد اكتفاءً بالعلم الحكمي [1] .

فالفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ هي أن القوانين تحاط بإجراءات من شأنها إعلام الجميع بمضمونها، فإذا ما تمت هذه الإجراءات، والتي تتمثل في النشر بالجريدة الرسمية بالنسبة للتشريعات الجديدة وفق الإجراءات المحددة دستورياً ، أصبح القانون نافذاً ولا ينظر فيما إذا كان العلم بالقانون قد حُمِلَ إلى الجميع من عدمه ، وذلك ما لم تَحُلْ دون النشر والعلم بالقانون ظروف لا يد للأفراد فيها ، كعدم توزيع الجريدة الرسمية بعد طبعها ، أو انعزال إقليم من الدولة وتعذر وصول الجريدة الرسمية إليه ، وسنقوم بشرح ذلك بصدد عرض نطاق تطبيق المبدأ فيما يأتي :

نطاق المبدأ :

262 – عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مبدأ عام التطبيق ، فهو يسرى بالنسبة لجميع الأشخاص ، ويسري بالنسبة لكل القواعد القانونية ، ويطبق على جميع فروع القانون ، ويسري على القضاة كما يسري على الأفراد :

(أ) – فمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يسري بالنسبة لجميع القواعد القانونية أياً كانت طبيعتها آمرة أو مكملة .

(ب) – كما يسري هذا المبدأ بالنسبة لجميع فروع القانون ، سواء تلك الخاصة بالقانون العام ، كالقانون الدستوري والقانون الإداري، أو تلك التي تندرج تحت القانون الخاص، مثل القانون المدني والقانون التجاري .

(جـ) – والمبدأ يطبق على جميع الأفراد ، فلا يجوز للأمي أن يدعى جهله بالقانون لأنه لا يعرف القراءة والكتابة ، ولا للمريض بحجة

(1) دابان ، النظرية العامة للقانون ، 1969 ، فقرة رقم 38، 47 ، عبد الحي حجازي ، ص 390 .

مرضه وقت صدور القانون ، ولا للأجنبي لعدم وجوده بالبلاد وقت صدور القانون، ولا للوطني بحجة سفره للخارج .

(د) – والمبدأ يسري على القضاة ، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون ويفترض علمه به، ولا يمكنه الامتناع عن النظر فيما يعرض عليه من دعاوى معتذراً بعدم علمه بالقانون ، بل عليه أن يبحث عنه، ويتوصل إلى أحكامه.

263 – وعلى الرغم من عموم المبدأ وشمول تطبيقه على كل القوانين وكل القواعد القانونية ، فإن هناك من حاول تقييد نطاقه. فقد ذهب البعض إلى أن المبدأ ينطبق على القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام دون المكملة ، قيل ايضاً أن المبدأ لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص القوانين الجنائية [1].

وفى نطاق القانون الجنائي فقد اتجه بعض الفقه إلى قصر تطبيق المبدأ على نصوص القوانين الجنائية ذاتها ، دون غيرها من فروع القانون الأخرى ، كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون الأسرة .

وقد استند الاتجاه السابق في تقييده مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وقصره على القواعد الآمرة دون المكملة على الحجج الآتية :

أولاً : أن تطبيق القواعد المكملة يقوم على أساس افتراض انصراف إرادة الأطراف إلى تطبيقها، وهذه الإرادة تستخلص من عدم اتفاقهم على تنظيم مخالف لما تقرره من أحكام ، وبالتالي ففي حالة جهل القاعدة المكملة لا يتصور أن تنصرف الإرادة إليها ، ومن ثم لايمكن تطبيقها .

ولكننا لانسلم بهذا القول ، فقد سبق أن أشرنا إلى أن القواعد المكملة هي قواعد ملزمة وتطبق بمجرد عدم استبعاد حكمها بالاتفاق على

(1) راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، جـ(1) ص 159 .

تنظيم يخالفه ، وطالما لم تتفق الأطراف على ما يخالفها فتكون واجبة الإتباع ، علمت بها الأطراف أو لم تعلم ، ولا يشترط لتطبيقها انصراف إرادتهم إليها .

ثانياً : اسُتندَ كذلك على أنه يجوز الاحتجاج بالغلط في القانون لطلب إبطال العقد ، ولما كان الغلط في القانون ماهو إلا جهل به وبأحكامه فيجب أن يكون أثر الجهل هو نفس أثر الغلط ، أي استبعاد تطبيق القانون عند الجهل به . بيد أن هذا القول غير دقيق بدوره ، فهناك فرق كبير بين الغلط في القانون والجهل بالقانون ، فمن يستند على الجهل بالقانون يطلب استبعاد حكم القانون ، أما من يستند على الغلط في القانون فهو على العكس من ذلك يطلب إعمال حكم القانون وتطبيقه التطبيق الصحيح .

فالغلط في القانون هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له حكم القانون على خلاف الحقيقة فيدفعه إلى التعاقد ، ويجوز لمن وقع في هذا الغلط أن يطلب – إذا توافرت شروط معينة – إبطال العقد [1] .

فإذا باع الوارث حصته التي آلت إليه من التركة على أنها السدس ، ثم تبين أن نصيبه في التركة الربع ، فإنه يكون قد وقع في غلط في القانون انصب على القاعدة القانونية التي تحدد نصيب كل وارث ، فإذا تمسك الوارث بالغلط في هذه الحالة وطلب إبطال عقد البيع فإنه لا يطلب استبعاد حكم القانون ، وإنما يطلب تطبيقه أو إبطال ما يخالفه .

هذا بالإضافة إلى أن أثر الغلط في القانون يطبق بالنسبة لنوعي القواعد القانونية الآمرة والمكملة على السواء .

264 – مما سبق يتبين لنا إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقتصر على القواعد الآمرة ، ويشمل جميع القواعد ، لذلك فهو يمتد إلى

(1) انظر المادة (147) من القانون المدني ، وراجع مؤلفنا في نظرية الالتزام (1) المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، فقرة رقم (443) وبعدها .

جميع فروع القانون ، ولا يكون هناك مسوِّغ لقصره على القوانين الجنائية، أو تلك المتعلقة بالنظام العام دون غيرها .

وبالنسبة للمسائل الجنائية فإن المبدأ يكون عام التطبيق ، سواء تعلق الجهل بقواعد القانون الجنائي أم بفروع القانون الأخرى (1) .

جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

265 – يجمع الفقه على أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يطبق في حالة واحدة ، تتحقق عند عزل إقليم من الدولة عزلاً تاماً بسبب حرب أو ثورة أو عصيان أو فيضان، أو غير ذلك من الأسباب القهرية التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى علم من يقطن هذا الإقليم المنعزل . ففي مثل هذه الحالة يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون لاستبعاد تطبيقه .

وما نراه أن هذه الحالة لا تشكل استثناءً حقيقياً من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وإنما نكون معها بصدد حالة لم تتوافر بالنسبة لها إجراءات سن التشريع التي سبق أن أشرنا إليها ، وعلى وجه التحديد نكون بصدد حالة لا تكتمل فيها إجراءات نشر التشريع ، فلا ينفذ ولا يطبق .

فقد سبق لنا أن أوضحنا أنه لاكتمال صدور القانون ونفاذه ، يجب نشره بالجريدة الرسمية ، وتوزيع هذه الجريدة ليصل القانون إلى علم الجميع، فإذا لم توزع الجريدة بسبب عزل الإقليم فلا يوجد القانون

---

(1) ويبدو أن ماحدا بهذا الرأي إلى استثناء القوانين غير الجنائية من نطاق مبدأ عدم الاعتذار بالجهل بالقانون، ماهو مقرر من عدم المساءلة الجنائية لانعدام القصد الجنائي لدى الجاني الذي كان يجهل أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات .

والحقيقة أن الاعتذار بجهل القانون في هذه الحالات لا يؤخذ على أنه جهل بالقانون، بل جهل بواقعة من الوقائع التي تحدد القصد الجنائي ، فالبحث في الجهل أو العلم بالقانون هنا يكون باعتباره عنصراً يكشف عن القصد الجنائي لدى المتهم ، وبمعنى آخر فإن حكم القانون عندما يدخل في تكوين الواقع يكون الجهل به جهلاً بالواقع وليس بالقانون .

بالنسبة لهذا الأقليم . وهكذا نواجه في مثل هذه الحالة عدم نشر جزأى للقانون لعدم توزيعه في جزء من إقليم الدولة ومن ثمَّ فلا تكون إجراءات إصدار القانون ونفاذه قد اتبعت بالنسبة لهذا الجزء من إقليم الدولة ، فلا ينفذ القانون فيه .

وأياً ما كان الأمر فإنه يتعين للاعتذار بالجهل بالقانون في هذه الحالة أن يرجع عزل الإقليم إلى سبب أجنبي لا يد لمن يتمسك بالجهل فيه.

ولتوافر السبب الأجنبي لابد من حدوث ظرف أو حادث استثنائي عام يؤدى إلى انعزال الإقليم ، وبالتالي فلا يكفي توافر حادث خاص بالشخص كمرضه أو سفره للخارج ، وإنما يشترط في الحادث أن يكون عاماً. ويلاحظ أن العبرة في انعزال الإقليم المانع من تطبيق القانون ليس بحالة العزلة في ذاتها، وإنما بما يترتب عليها من تعذر وصول الجريدة الرسمية ونشرها .

وبالتالي فإذا تحقق عدم نشر الجريدة وتوزيعها لأي سبب آخر أمكن التمسك بالعذر ، كما في حالة عدم توزيع الجريدة لعدم طباعتها أصلاً ، إذ لا يكون القانون نافذاً في هذه الحالة ، وحالة طمس الجزء الخاص بالقانون المدعى الجهل به .

والعكس صحيح أيضاً ، فإذا أمكن دخول الجريدة الرسمية وتوزيعها في الاقليم المعزول ، فلا يمكن التمسك بالجهل بالقانون .

ويتضح مما سبق أن هذا الاستثناء من نطاق تطبيق عدم جواز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون مقصور فقط على التشريع دون غيره من مصادر القانون الأخرى [1].

---

(1) جلال محمد إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) 1995 ـ 1996 ، ص 119 .

الفصل الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

الفصل الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

تمهيد :

266 – عرفنا في الفصل السابق أن القانون النافذ في دولة ما يطبق على الجميع ، فيخضع جميع الأشخاص لأحكامه ، فما المقصود بالأشخاص في مجال تطبيق القانون ؟ هل يقصد بهم جميع الأشخاص الذين يقطنون إقليم الدولة ؟ إذا أخذنا الأشخاص الذين يطبق عليهم القانون بهذا المعنى يكون تطبيق القانون إقليمياً ، ويعبر عنه بمبدأ إقليمية القوانين .

أم يقصد بالأشخاص أولئك التابعون للدولة بغض النظر عن مكان وجودهم ، داخل إقليم الدولة أو خارجه ؟ ، عندئذ يكون تطبيق القانون شخصياً ، ويعبر عنه بمبدأ شخصية القوانين (1) .

والآتي نبذة عن كلا المبدأين :

مبدأ إقليمية القوانين :

267 – يقصد بمبدأ إقليمية القوانين أن القانون الوطني يطبق على جميع الأشخاص الذين يقطنون اقليم الدولة وطنيين كانوا أو أجانب ، وسواء كانت إقامتهم مستديمة أو مؤقتة ، كما يسري القانون على كل ما يوجد بالإقليم من أشياء وأموال ، ولكنه لا يتعدى هذا الإقليم فلا يطبق على

---

(1) راجع لمزيد من التفصيل فى مبدأ إقليمية القوانين " Principe de la territorialité des lois "

ومبدأ شخصية القوانين ".Principe de la Personnalité des lois"

مارتى ورينو، القانون المدني، جـ1 ، فقرة 100، ص 117 وبعدها، جودبى، مقدمة لدراسة القانون، ص244، كيلسن ، النظرية العامة للقانون والدولة ، ص42 ، سالموند، علم القانون فقرة 11 ص 75 وما بعدها.

من يقطنون إقليم دولة أخرى حتى ولو كانوا تابعين له ، وأياً كان مكان حدوث المركز القانوني المطلوب تطبيق القانون عليه، وأياً كان موضوعه، فوفقاً لهذا المبدأ تستقل كل دولة بإقليمها لتنظيم كل ما يقام داخله من علاقات قانونية .

ويقوم مبدأ إقليمية القوانين على حق كل دولة في سيادتها الكاملة على إقليمها، وعلى ضرورة إقامة النظام في المجتمع، وكفالة الأمن والاستقرار والطمأنينة للأفراد[1] .

ويترتب على مبدأ إقليمية القوانين وحدة القانون المطبق في الدولة فلا يزاحمه في ذلك قانون دولة أخرى .

ولا يخل بمبدأ إقليمية القوانين أن تقوم الدولة بالتمييز بين المواطنين والأجانب بالنسبة لإجراء بعض المعاملات أو اكتساب حقوق وتحمل واجبات معينة مادام ذلك قد تم وفقاً لقوانين الدولة نفسها [2].

غير أن إطلاق مبدأ إقليمية القوانين لا يتمشى مع ماهو عليه المجتمع الدولي في العصر الحديث ، فقد ترتب على سهولة الانتقال من بلد إلى آخر أن أقام العديد من الأفراد في غير أقاليمهم الأصلية ، ولاشك أن تطبيق قوانين تلك البلاد عليهم بصفة مطلقة ، وإن كان مسوغاً فى بعض المسائل ، فليس كذلك بالنسبة للبعض الآخر، ونقصد بها تلك اللصيقة بشخص الإنسان ، والتي تظهر بصفة خاصة في مسائل

(1) ونظراً لتعلق مبدأ إقليمية القوانين بسيادة الدولة وحقها في تنظيم مجتمعها فهو الذي يسود بالنسبة للموضوعات التي ينظمها القانون العام لتعلقها بسيادة الدولة ، فقواعد القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي ، تطبق بحسب الأصل تطبيقاً إقليمياً.

(2) فإذا كانت قواعد القانون تطبق داخل كل دولة تطبيقاً إقليمياً بحسب الأصل ، فلا يعني ذلك ضرورة مساواة الأجانب بالمواطنين فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العامة ، كالحقوق السياسية مثل حق الانتخاب وحق الترشيح في المجالس النيابية ، وتولي الوظائف العامة ، والخدمة العسكرية ، فمثل هذه الحقوق والواجبات العامة ، ونظراً لطبيعتها الخاصة ،تكون مقصورة على المواطنين دون الأجانب ولو كانوا مقيمين بإقليم الدولة.

الأحوال الشخصية تلك المسائل التي تدخل في تكوين قواعدها أفكار ومعتقدات دينية واجتماعية خاصة ، وقد أدى ذلك إلى ظهور فكرة امتداد تطبيق القوانين من حيث المكان ، أي: مبدأ شخصية القوانين .

مبدأ شخصية القوانين :

268 – يعنى مبدأ شخصية القوانين أن قانون الدولة لا يطبق إلا على المواطنين، ولكنه لا يقتصر على أولئك المقيمين داخل إقليمها ، بل يمتد ليشمل المواطنين المقيمين خارجه ، لذلك يطلق عليه مبدأ امتداد القوانين . ومن ناحية أخرى فهو لا يطبق على مواطني الدول الأجنبية حتى ولو كانوا مقيمين بإقليم الدولة .

ويتأسس هذا المبدأ على اعتبار أن القوانين، وهي تعبير عن إرادة المواطنين، سنت لتطبق عليهم أينما كانوا ، وعليهم فقط ، فالقوانين لم تسن لتنظيم بقعة من الأرض، وإنما لتنظم من يقطنها من المواطنين .

والأخذ بمبدأ شخصية القوانين على إطلاقه وعدم تطبيقه على غير المواطنين غير سليم أيضاً؛ لما فيه من مساس بسيادة الدولة ، بالإضافة إلى أنه يحول دون كفالة الدولة لنظام المجتمع بالطريقة التي تراها وتحددها .

من هنا جاءت ضرورة التوفيق بين المبدأين ، مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين، ونظراً لتعلق مبدأ الإقليمية بسيادة الدولة وحقها في تنظيم مجتمعها كان لهذا المبدأ الأولوية وعُدَّ الأصل، ولا يسمح بتطبيق مبدأ الشخصية إلا في حالات استثنائية محددة يطبق فيها القانون الأجنبي [1] .

---

(1) وبالمقابل أيضاً نجد أن القانون الوطني يطبق في بعض الحالات الاستثنائية على وقائع وقعت خارج إقليم الدولة. من ذلك ما نصت عليه المادة (13) من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960 من تطبيق=

وقد ترتب على تطبيق كل من القانون الوطني إعمالاً لمبدأ إقليمية القوانين كقاعدة عامة ، والقانون الأجنبي إعمالاً لمبدأ شخصية القوانين استثناء ، قيام نزاع بين القوانين ، وتتكفل قواعد القانون الدولي الخاص بوضع حلول هذا التنازع في مختلف مسائل القانون [1].

ويلاحظ أنه في الحالات التي يستبعد فيها القانون الوطني ليطبق بدلاً منه لقانون الأجنبي – إعمالاً لمبدأ شخصية القوانين – يكون هذا التطبيق مقيداً بعدم تعارضه مع النظام العام والآداب في الدولة التي يطبق فيها [2] .

وعلى ذلك إذا كان تطبيق القانون الأجنبي على الإقليم الكويتي من شأنه أن يحرم الأجنبي المسلم من حقه الشرعي في تطليق زوجته بإرادته المنفردة ، فإن هذا القانون يستبعد، ولا يطبق لمخالفته للنظام العام فى الكويت .

تطبيق القانون والحصانة القضائية :

269 – عرفنا أن القاعدة العامة في تطبيق القانون هي الإقليمية . غير أن تطبيق

= القانون الكويتي على كل كويتي يرتكب خارج الكويت فعلاً معاقباً عليه طبقاً لأحكام القانون الكويتي وطبقاً لأحكام القانون الساري في المكان الذي ارتكب فيه ذلك الفعل ، وذلك إذا عاد إلى الكويت دون أن تكون المحاكم الأجنبية قد برأته مما أسند إليه من ذلك أيضاً تطبيق القانون الكويتي على الجرائم التي ترتكب في الخارج وتمس أمن الكويت.

(1) من ذلك إخضاع المنازعات المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار ، وخضوع المنازعات المتعلقة بالمنقولات لقانون البلد الذي كانت تتواجد فيه تلك المنقولات وقت تحقق السبب الذي أدى لاكتساب الحقوق عليها، وإخضاع أهلية الشخص لقانون الدولة الذي ينتمي إليها بجنسيته .
انظر في هذه القواعد وغيرها القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

(2) انظر أحمد مسلم ، رسالته باللغة الفرنسية في النظام العام أمام القاضي المصري ، القاهرة 1950 .
وراجع المادة 73 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتحديد القانون واجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي نصت على أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت».

القانون تطبيقاً إقليمياً يقف في بعض الحالات – بالإضافة إلى الاستثناءات السابق عرضها الخاصة بمبدأ شخصية القوانين – بسبب ما قد يُمنح للأجانب من امتيازات قانونية أو قضائية ، من هذه الامتيازات الحصانة الدبلوماسية أو القضائية التي تمنح بالتطبيق لقواعد القانون الدولي العام .

والحصانة القضائية أو الدبلوماسية عبارة عن امتيازات جرى العرف الدولي على منحها لرؤساء الدول الأجنبية وأعضاء البعثات الدبلوماسية، منها عدم التعرض لهم ، وإعفاؤهم من الضرائب والرسوم، وعدم الخضوع للقضاء الوطني في حدود معينة . ففي هذه الحالات وغيرها التي لا يخضع فيها الأجنبي لقضاء الدولة لا تسري عليه أحكام قانونها .



الفصل الرابع

تطبيق القانون من حيث الزمان

الفصل الرابع

تطبيق القانون من حيث الزمان

تمهيد :

270 – يبدأ تطبيق القانون على الوقائع التي يواجهها من وقت صيرورته نافذاً بمضي المدة المحددة بعد نشره بالجريدة الرسمية بالنسبة للتشريع ، ومن وقت توافر عنصر الإلزام بالنسبة للعرف .

ويظل القانون سارياً إلى حين إلغائه ، فإلغاء القانون هو الذي يضع حداً لتطبيقه من حيث الزمان . لذلك كان إلغاء القانون هو الموضوع الأول الذي سنتعرض لدراسته في هذا الفصل .

على أن إلغاء القانون غالباً ما يكون نتيجة صدور قانون آخر يأتي بقواعد مخالفة للقواعد التي يقررها القانون القديم ، أي: لاستبدال قانون آخر به ، ففي الوقت الذي ينتهي فيه أثر القانون القديم يبدأ أثر القانون الجديد ، فيقتضي الأمر بحث ماقد يثور بينهما من تنازع في تطبيق قواعدهما من حيث الزمان . وهذا هو الموضوع الثاني الذي سنتعرض له في هذا الفصل .

وبذلك يكون موضوعا بحثنا هما :

– إلغاء القانون ، ونخصص له المبحث الأول.

– تنازع القوانين من حيث الزمان ، ونخصص له المبحث الثاني .

المبحث الأول

إلغاء القانون

تعريف الإلغاء :

271 – إلغاء القانون أو نسخه [1] هو تجريد قواعده القانونية من قوتها الملزمة، بحيث تفقد هذه القواعد وجودها القانوني لفقدها فاعليتها ، سواء كان ذلك بالاستغناء عنها نهائياً، أي: دون أن تحل محلها قواعد قانونية أخرى ، أو لاستبدال قواعد أخرى بها تحل محلها .

والإلغاء ، بالمعنى السابق ، ينصب على جوهر القاعدة القانونية ، وهو عنصر الإلزام فيها ولكنه لا يؤثر على مكوناتها الأخرى، ففي القاعدة العرفية يزيل إلغاؤها قوتها الملزمة أو عقيدة الإلزام فيها ، ولكن ذلك لا يمنع من إمكان وجود الاعتياد في ذاته المجرد عن عقيدة الإلزام مما قد يجعله أساساً لعادة اتفاقية.

كذلك في القاعدة الدينية ، يقتصر إلغاؤها على اعتبارها قاعدة قانونية ، ولكن ذلك لا يمس صفتها الأساسية كقاعدة من قواعد الدين لها قدسيتها واحترامها لدى الأفراد .

والإلغاء ، كما يتضح لنا ، لا يقتصر على التشريع ، وإنما يرد على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، فيرد على القواعد العرفية ، والقواعد الدينية، وغيرها .

---

(1) النسخ في فقه الشريعة الإسلامية هو إبطال العمل بالحكم الشرعي بدليل متراخ عنه يدل على إبطاله صراحة أو ضمناً ، إبطالاً كلياً أو جزئياً. انظر في نظرية النسخ في الشريعة الإسلامية : أبو إسحق الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبد الله دراز. جـ3 ص 102 وبعدها. مصطفى زيد : النسخ في القرآن الكريم. دراسة تشريعية تاريخية نقدية ، ط 1963 .

إلغاء القانون وبطلانه :

272 – يتميز الإلغاء بأنه لا يرد إلا بالنسبة للمستقبل ولا يمس، ما ترتب عليه من آثار بالنسبة للماضي ، وهذا ما يميز إلغاء القانون عن بطلانه الذي يزيل القانون بأثر رجعي، ويعتبره كأن لم يكن منذ البداية ، فإذا أصدر أمير البلاد قانوناً فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة، أو في فترة الحل استناداً إلى المادة (71) من الدستور ، ولم يُعْرَض هذا القانون على المجلس عند انعقاده كان القانون باطلاً، ولا أثر له بالنسبة للمستقبل وبالنسبة للماضي .

ومع ذلك فقد يختلط بطلان التشريع مع إلغائه، وذلك في حالة اقتصار أثر البطلان على المستقبل فقط دون الماضي ، ففي المثل السابق إذا عُرِضَ القانون على مجلس الأمة ولم يوافق عليه فقد يرى نفاذ هذا القانون بالنسبة للآثار التي تمت في الفترة السابقة ، فيكون ذلك في حكم إلغاء القانون، وليس إبطاله [1] .

إلغاء القانون وانتهاء العمل به :

273 – كما يتميز إلغاء القانون عن انتهاء القانون وانقضاء العمل به . وانتهاء العمل بالقانون يتحقق في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : انتهاء الغرض من القانون ، فقد يصدر قانون لتنظيم أمر أو وضع معين ، فإذا انتهى هذا الوضع انتهى القانون لانتهاء موضوعه والغرض منه [2]، ومن تطبيقات ذلك القوانين التي صدرت

---

(1) راجع ما سبق فقرة رقم 131 .

ويتميز الإلغاء عن السحب ، أي: سحب القرارات الإدارية غير الصحيحة ، فهذا الإجراء مقصور على القرارات الإدارية الفردية ، ولا يمتد إلى غيرها ، ومع ذلك فمن المتصور أن يرد السحب على التشريع ولكن قبل إصداره ، أي: قبل أن يصبح تشريعاً ملزماً ، وعندئذ يكون السحب ممن يملك سلطة سن التشريع .

(2) يرى بعض الشراح في هذه الحالة الغاءً حكمياً للقانون "Abrogation rationnelle" يترتب أثر زوال=

عقب اندحار العدوان العراقي الآثم على الكويت بشأن مديونية بعض الشركات والأفراد ، فبانتهاء الغرض من هذه التشريعات ينتهي موضوعها وتسقط تلقائياً (1).

الحالة الثانية : انقضاء المدة المحددة لنفاذ القانون الوقتي ، فقد يصدر خلال فترات الحرب وما شابه ذلك من الظروف الاستثنائية ، كالأزمات الاقتصادية ، بعض القوانين الخاصة تحدد فيها فترة تطبيقها، وبانتهاء هذه الفترة ينتهي العمل بتلك القوانين تلقائياً . ومن أمثلة هذه القوانين القانون رقم (23) لسنة 1967 الذي أصدره مجلس الأمة بتفويض السلطة التنفيذية في إصدار التشريعات اللازمة لمواجهة الاعتداء الغاشم على بعض الدول العربية ، فقد حدد هذا القانون التفويضي العمل به لمدة أقصاها ثلاثة أشهر تبدأ من 1967/6/5 (2).

ففي الحالتين السابقتين لا نكون أمام إلغاء للقانون ، إذ الإلغاء يتضمن معنى الإنهاء ، أي الانقضاء المبتسر الذي يتم قبل أوانه ، بينما في هاتين الحالتين نكون بصدد انتهاء للقانون في الحالة الأولى لانقضاء الغاية منه تبعاً لانقضاء موضوعه ، وفي الحالة الثانية لانقضاء مدته ، وفرق بين الإنهاء والانتهاء ، فالأول إرادي وفي غير وقته ، بينما الثاني تلقائي وفي وقته .

= الغرض أو الحكمة من التشريع . راجع في هذا الاتجاه : كابيتان ، المدخل لدراسة القانون المدني ، فقرة رقم 50 ، ص 88 . بينما لا يرى فريق آخر في هذه الحالة إلغاءً للتشريع ، انظر في هذا الاتجاه : كاربونييه ، القانون المدني ، جـ(1) ص 96 .

والواقع أنه لا توجد نتائج عملية ذات أهمية تترتب على القول بالإلغاء أو الانتهاء .

(1) انظر بصفة خاصة القانون رقم (41) لسنة 1993 في شأن شراء الدولة بعض المديونيات وكيفية تحصيلها .

(2) وقد عدلت هذه المدة إلى ستة أشهر بمقتضى القانون رقم (38) لسنة 1967 ، وأجاز هذا القانون تمديد مدة الستة أشهر لمدة أخرى بقرار يصدره مجلس الأمة بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم ، ولم يصدر المجلس قراراً بذلك فيكون تشريع التفويض قد انتهي بانتهاء مدته في 1967/12/4 .

نطاق الإلغاء :

274- قد ينصب الإلغاء على قاعدة أو أكثر ، أو على قانون بأكمله ، وقد يرد على مجموعه كاملة من القوانين ، بل قد يرد - ولو نظرياً على الأقل - على أحد مصادر القاعدة القانونية . ويصدق ذلك على قواعد الدين أكثر من غيره ، وقد رأينا أن الدين كان في العصور القديمة المصدر الرئيسي للقواعد القانونية بصفة عامة، ولكنه اقتصر الآن على مسائل الأحوال الشخصية .

سلطة الإلغاء :

275 - تتوقف السلطة التي تملك إلغاء القانون على مصدره ، وقد سبق أن رأينا أن مصادر القانون بحسب قوتها هي التشريع، ثم أحكام الفقه الإسلامي ، فالعرف ، كما عرفنا أن التشريع يتدرج في قوته من تشريع أساسي إلى تشريع عادي فتشريع فرعي .

والقاعدة بالنسبة لإلغاء القانون أنه لايتم إلا من نفس المصدر الذي أنشأه، أو من مصدر أعلى منه قوة [1] ، ونوضح فيما يأتي إلغاء القواعد التشريعية، ثم إلغاء القواعد غير التشريعية :

أولاً- إلغاء القواعد التشريعية :

276 - تطبيقاً للمبدأ السابق ذكره لا يُلْغي التشريعَ إلا تشريعٌ مثله، أو أعلى منه قوة :

(أ) - فلكون التشريع أعلى المصادر في القوة فلا يمكن أن يُلْغَى إلا بتشريع مثله دون باقي مصادر القاعدة القانونية ، فالقواعد العرفية وغيرها من القواعد لا يمكنها أن تلغي القاعدة

---

(1) لا يشمل كلامنا في هذا الصدد إلغاء التشريعات إثر إبطالها قضائياً من المحكمة الدستورية لمخالفتها لتشريع أعلى منها. ووفقاً للمادة (173) من الدستور الكويتي إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة فإنه يعتبر كأن لم يكن.

التشريعية، فكل هذه القواعد تُعَدُّ مصدراً احتياطياً يلي التشريع.

وقد تأيد هذا المبدأ بالمادة الثانية من القانون المدني الكويتي التي نصت صراحة على أن لا يُلْغىَ التشريع إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على إلغائه، أو يتضمن حكماً يتعارض معه .

ومع ذلك فهناك من ذهب إلى أن القواعد العرفية يمكنها إلغاء القواعد التشريعية؛ إذ لديهم يمكن للعرف أن ينشأ بالمخالفة للتشريع .

ولكن هذا الرأي لا يمكنه الصمود أمام النصوص التي تقرر أن التشريع هو المصدر الأساسي أو الأصلي الذي لا يلجأ إلى غيره في حالة وجوده ، كذلك النصوص التي تقرر صراحة أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع مثله[1] .

غير صحيح أيضاً ما ذهب إليه البعض من أن القاعدة التشريعية تسقط بعدم استعمالها فترة من الزمن [2] ، إذ إن عدم الاستعمال هذا لن يكون إلا عرفاً سلبياً، أو عرفاً بعدم الاستعمال، والعرف لا يُلْغي التشريع كما أوضحنا .

فالقاعدة العرفية لاتملك إذن إلغاء القاعدة التشريعية ، سواء كانت القاعدة آمرة أو مقررة، فهذه التفرقة لا تأثير لها بالنسبة لقوة القاعدة التشريعية وسموها على العرف .

---

(1) وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن إلغاء التشريع لا يستتبعه بالضرورة إلغاء اللوائح التنفيذية التي صدرت بالتطبيق له ، وإنما يظل نافذاً ما يتوافق من أحكامها مع التشريع الجديد ، حتى يتم إصدار اللوائح التنفيذية لهذا القانون . أما الأحكام التي تتضمنها اللوائح القديمة وتكون متعارضة مع أحكام التشريع الجديد فتلغى بمجرد نفاذ التشريع الجديد .
كما قد ينص القانون الجديد على إلغاء العمل باللوائح القديمة ، وعندئذ تُلْغىَ كلية سواء الأحكام المتعارضة أو غير المتعارضة .

(2) انظر في هذا الاتجاه بيكير ، المدخل لدراسة القانون ، ص 248 ، كورنى: القانون المدني – مقدمة الطبعة (6) ، 1993 ، رقم 364 ، ص 124 .
وانظر قريباً من ذلك سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ص 176 ، الذي يرى أن التشريع يوقف تطبيقه في هذه الحالة ، فإذا أريد إعادة العمل به تعين التنبيه إلى ذلك .

(ب) – ونظراً لأن القواعد التشريعية ذاتها تتدرج في القوة من قواعد دستورية، تليها قواعد عادية ، ثم قواعد فرعية ، فإن إعمال المبدأ السابق يفترض أن القاعدة الدستورية لا تُلغيها إلا قاعدة دستورية مثلها ، بينما هي تملك إلغاء القاعدة العادية والفرعية ، والقاعدة العادية تملك إلغاء قاعدة عادية مثلها ، أو قاعدة فرعية أدنى منها، ولكنها لاتملك إلغاء قاعدة دستورية، وأخيراً فإن القاعدة الفرعية لاتملك إلا إلغاء قاعدة فرعية مثلها .

ثانياً – إلغاء القواعد غير التشريعية :

277 – المبدأ في إلغاء القاعدة القانونية ، كما ذكرنا ، أن القاعدة لا تُلْغىَ إلا بقاعدة مثلها في القوة، أو بقاعدة أعلى منها ، وإذن يكفى أن نحدد قوة القاعدة القانونية بإرجاعها لمصدرها ، لكي نتوصل إلى سلطة إلغائها . وبالتطبيق لما سبق فإن القاعدة الدينية المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ، ولكونها تأتى بعد التشريع من حيث المرتبة، فلا يلغيها إلا التشريع لأنه أعلى منها.

والقاعدة العرفية تلغيها قاعدة عرفية أخرى تنشأ بالمخالفة لها، كما يلغيها أيضاً التشريع لنفس العلة السابقة.

وهكذا .... القاعدة ذات المصدر الأعلى تُلْغي ما دونها والعكس غير صحيح.

أنواع الإلغاء :

278 – إلغاء القانون يمكن أن يكون صريحاً بأن يتم النص عليه صراحة في القانون اللاحق ، ويمكن أن يكون ضمنياً يستخلص من تعارض النصوص .

أولاً : الإلغاء الصريح :

279 – يكون الإلغاء صريحاً إذا تم النص عليه صراحة. وبمراجعة المصادر المختلفة للقواعد القانونية يتبين لنا إن الإلغاء الصريح لا يتصور عملياً إلا عن طريق التشريع، ويتحقق بصدور تشريع يقرر صراحة إلغاء تشريع قائم، وهنا يتنوع الإلغاء التشريعي من حيث مداه ، ومن حيث تحديده :

(أ) – فمن حيث المدى : قد يكون الإلغاء جزئياً، وقد يكون شاملاً، فالنص التشريعي القائم الذي يرد عليه الإلغاء قد يكون قاعدة قانونية واحدة أو أكثر ، فيكون الإلغاء جزئياً ، وقد يكون قانوناً كاملاً أو عدة قوانين، فيكون الإلغاء كاملاً أو شاملاً .

(ب) – ومن حيث تحديد القواعد الملغاة : فقد يتم تحديد هذه القواعد بالإشارة إليها وتعيينها في النص اللاحق فيكون الإلغاء محدداً ، وقد يكتفي بإحالة عامة أو بصياغة عامة مضمونها إلغاء كل ما يخالف النص فيكون الإلغاء غير محدد، وقد يتم الإلغاء بالجمع بين الوسيلتين .

ومن أمثلة الإلغاء الصريح ما جاء صراحة بالمادة الأولى من المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي ، بإلغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية، واستبدال القانون المدني الجديد بها .

ثانياً – الإلغاء الضمني :

280 – في حالة الإلغاء الضمني لا ينص على إلغاء القاعدة القانونية صراحة، وإنما يستفاد الإلغاء ضمناً من تعارض أحكام قاعدة جديدة مع أحكام قاعدة قديمة، أو من إعادة تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق تنظيمه بتشريع قديم . وهاتان الحالتان ، الإلغاء نتيجة التعارض ، والإلغاء

نتيجة إعادة التنظيم، تكوّنان صورتي الإلغاء الضمني ، والآتي كلمة عن كل منهما :

(أ) – الإلغاء نتيجة التعارض :

281 – تتحقق هذه الصورة من صور الإلغاء الضمني بتعارض قاعدة لاحقة مع قاعدة سابقة فيما يتضمناه من تنظيم لموضوع واحد . والتعارض بهذا المعنى متصور بالنسبة لجميع القواعد القانونية، سواء أكان مصدرها التشريع أو غيره من المصادر الأخرى غير التشريعية : فقد تكون القاعدة القديمة مقررة بنص تشريعي ، وفى هذه الحالة لا يتصور التعارض إلا من نص تشريعي لاحق ، كأن يصدر تشريع يتضمن نصاً يتعارض مع نص في تشريع قديم ، وعندئذ يقتصر الإلغاء على النص القديم في حدود ما يتحقق به التعارض . وقد تكون القاعدة القديمة قاعدة عرفية ، وعندئذ يكون التعارض بنص تشريعي أو بقاعدة عرفية ، وكل ذلك تطبيقاً لما سبق أن تعرضنا له من تدرج مصدر القاعدة القانونية في القوة .

ولتحقق الإلغاء لابد من وجود التعارض الذي يتعذر معه التوفيق بين القاعدتين القديمة والجديدة ، ولا يكون الإلغاء إلا في حدود هذا التعارض؛ لذلك فإن الإلغاء يتوقف في مداه على قدر التعارض بين القاعدتين ، فإذا كان التعارض كاملاً كان الإلغاء كاملاً ، وإن كان التعارض جزئياً كان الإلغاء جزئياً فى حدود التعارض .

إعمال الإلغاء نتيجة التعارض:

282 – الأصل في حالة تعارض القواعد القانونية أن القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة، غير أن ذلك يفترض تساوي القاعدتين: اللاحقة والسابقة بأن تكون كل منهما قاعدة عامة ، أو كل منهما قاعدة

خاصة[1] . فان اختلفت القاعدتان بأن كانت إحداهما عامة والأخرى خاصة ، فلا يوجد إلغاء في هذه الحالة ، وإنما مجرد تحديد لمجال كل من القاعدتين ، ويتم ذلك التحديد وفقاً لنوع القاعدة اللاحقة ، فان كانت القاعدة اللاحقة عامة فلا تؤثر في القاعدة الخاصة السابقة، أما إذا كانت القاعدة اللاحقة خاصة فإنها تخصص القاعدة العامة السابقة .

وهكذا يمكننا التمييز فيما يتعلق بإعمال حلول الإلغاء نتيجة التعارض ، بين فروض أربعة على الوجه الآتي:

الفرض الأول :

إذا كانت القاعدة اللاحقة قاعدة عامة وكانت القاعدة السابقة عامة أيضاً ، وتحقق التعارض بينهما ، اعتبرت القاعدة السابقة ملغاة كلية وذلك لتعذر أعمالهما معاً .

وتطبيقاً لذلك إذا كانت القاعدة السابقة تجعل سن الرشد 18 عاماً ، ثم رفعت القاعدة اللاحقة هذه السن إلى 21 عاماً ، فإن القاعدة القديمة تُلْغىَ كلية بمجرد نفاذ القاعدة الجديدة اللاحقة، ويصبح سن الرشد 21 عاماً .

الفرض الثاني :

إذا كانت القاعدة اللاحقة قاعدة خاصة، وكانت القاعدة السابقة خاصة أيضاً ، فتُلْغىَ هذه الأخيرة إعمالاً لمبدأ أن « اللاحق يُلْغي السابق» فإذا صدر

---

(1) ولتحديد ما إذا كانت القاعدة عامة أو خاصة يجب الرجوع إلى الموضوع الذي تنظمه ، فإن كان هذا الموضوع عاماً كانت القاعدة عامة ، وإن كان الموضوع خاصاً كانت القاعدة خاصة ، فبالمقارنة بين الموضوعين يتم تحديد أي منهما عاماً وأي منهما خاصاً ، فالقاعدة التي تنظم الوضع القانوني لموظفي الدولة تعد قاعدة عامة بالنسبة للقاعدة التي تنظم فئة فقط من موظفي الدولة كالقضاة أو أساتذة الجامعات.

غير أن القاعدة القانونية يمكن أن تكون عامة أو خاصة أيضاً وفقاً للقانون ذاته الذي تضمنها ، فالقانون المدني يعد قانوناً عاماً بالنسبة لقانون العمل وقانون إيجار العقارات ، ومن ثم فإن قواعده ، أي: قواعد القانون المدني ، تعد قواعد عامة بالنسبة لنظيرتها في قانون العمل وقانون إيجار العقارات.

قانون عمل جديد يجعل سن إبرام عقد العمل 15 عاماً ، فبمجرد نفاذه تُلْغىَ القاعدة السابقة التي تجعل هذه السن 14 .

الفرض الثالث :

إذا كانت القاعدة اللاحقة عامة، وكانت القاعدة السابقة خاصة، فإنه إعمالاً لمبدأ أن « العام لا يُلْغي الخاص» تبقى القاعدة الخاصة باعتبارها استثناء يرد على الحكم الجديد الذي أتت به القاعدة العامة ، لأن وجود الاستثناء لا يتعارض مع وجود القاعدة [1] .

تطبيقاً لذلك فإن القواعد التي يتضمنها القانون المدني الكويتي الذي صار نافذاً في 25 فبراير 1981 ، فيما يتعلق بحرية المتعاقدين في تحديد مدة عقد الإيجار والأجرة المستحقة ، لا تُلْغي القواعد الخاصة التي قررها قانون إيجار العقارات رقم (35) لسنة 1978 في هذا الشأن ، فقواعد القانون المدني تعد قواعد عامة بالنسبة لقواعد قانون إيجار العقارات [2] .

وكما يتبين لنا لا يوجد إلغاء في هذه الحالة، وإنما مجرد تحديد لمجال كل من القاعدتين العامة اللاحقة والخاصة السابقة التي لصفتها هذه تظل كما هي.

---

(1) ويحدث أن ينص القانون العام اللاحق على إلغاء كل ما يخالف نصوصه ، وقد اختلفت الآراء في آثر هذه الصياغة على القوانين الخاصة السابقة للقانون العام اللاحق ، فبعض أحكام محكمة النقض المصرية قررت أن النص العام لا يُلْغي ضمناً النص الوارد في قانون خاص ، ويتعين صدور تشريع ينص على هذا الإلغاء .

انظر : نقض مدني مصري 20 / 5/ 1975 ، المجموعة الرسمية ، س 26 ص 1010 .

بينما رأى جانب من الفقه أن النص في القانون العام اللاحق على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له فإن أي نص قديم يعد ملغياً بصدور القانون الجديد حتى ولو كان نصاً خاصاً .

راجع في هذا الاتجاه : حسام الأهواني ، أصول القانون 1988 ، ص 149 .

(2) إعمالاً للمبدأ نفسه أيضاً فقد قرر القضاء الكويتي أن قانون التجارة البحرية باعتباره تشريعاً عاماً لا ينسخ ضمناً معاهدة بروكسل التي انضمت إليها الكويت بالقانون رقم 21 لسنة 1969 ، لما هو مقرر من أن التشريع العام اللاحق لاينسخ ضمناً التشريع الخاص السابق ، بل يظل التشريع الخاص السابق ماضياً في تحقيق الغرض الذي سن من اجله .

انظر محكمة التمييز طعن رقم 137 لسنة 1984 الصادر بتاريخ 30/ 1/ 1985 .

غير أن هناك رأياً في الفقه يرى أن الأصل هو أن القاعدة اللاحقة العامة تلغى القاعدة السابقة الخاصة إعمالاً لمبدأ أن التشريع اللاحق يُلْغي التشريع السابق؛ ولذلك فلا تبقى القاعدة الخاصة السابقة إلا إذا نصت القاعدة الجديدة على ذلك ، أو إذا كان هناك من الظروف الخاصة ما يسوّغ ابقاءها[1] .

الفرض الرابع :

إذا كانت القاعدة اللاحقة خاصة والقاعدة السابقة عامة ، فالتعارض لا يتصور هنا إلا جزئياً؛ ونظراً لأن الإلغاء لا يكون إلا بقدر التعارض، فبالتالي يكون الإلغاء جزئياً، فلا تُلْغىَ القاعدة العامة السابقة إلا بما جاءت به القاعدة الخاصة اللاحقة التي تعتبر مقيدة ومحددة لنطاق تطبيق القاعدة أو الحكم العام، فإذا افترضنا أن القانون المدني يجعل سن إبرام عقود العمل 15 عاماً، ثم صدر قانون عمل جديد ينظم العقود التي تتعلق بنوع معين من العمل يسبب خطورته، وجعل سن إبرامها 18 عاماً، فإن تلك السن الجديدة يقتصر تطبيقها على عقود العمل التي ينظمها، أما القاعدة التي يتضمنها القانون المدني فتظل هي القاعدة العامة واجبة التطبيق بالنسبة لعقود العمل التي لاينظمها القانون الجديد[2] .

---

(1) انظر في عرض هذا الرأي وتفضيله : عبد الحي حجازي ، (ص 592،591) استناداً إلى أن المعهود أن يكون الاستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها ، أما أن يكون سابقاً عليها فلا يكون إلا بنص في القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة . ويبدو لنا أن هذا الرأي لا يخلو من المنطق ، إذ لو أراد المشرع من تدخله اللاحق الإبقاء على القاعدة الخاصة السابقة لأقر ذلك صراحة . أما في حالة عدم النص على بقاء القاعدة الخاصة القديمة فلا تبقى هذه القاعدة إلا إذا كان هناك ما يستوجب ذلك الإبقاء الذي يتقرر في كل حالة على حدة ولا يتقرر كمبدأ عام .

(2) وذلك بافتراض أن نية المشرع لم تقصد تعديل السن التي يحددها القانون المدني ، وجعل أهلية إبرام عقد العمل واحدة في القانونين المدني والعمل .

ويجب عدم الخلط هنا بين القاعدة العامة والقاعدة الخاصة من حيث مجال التطبيق، وهى مجال حديثنا، والقاعدة العامة والقاعدة الخاصة من حيث نوعية القانون الذي يتضمنها .

فالقانون المدني يعد قانوناً عام التطبيق في تنظيم المعاملات بالنظر إلى قانون الأحوال الشخصية الذي يعد قانوناً خاصاً بمعاملات الأحوال الشخصية فتكون قواعده هي واجبة التطبيق على الرغم من كونه لاحقاً في صدوره والعمل به على القانون المدني . =

(ب) – الإلغاء نتيجة إعادة التنظيم :

283 – يتحقق الإلغاء هنا بإصدار تشريع جديد يتضمن إعادة تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع سابق .

والإلغاء في هذه الحالة يكون شاملاً لجميع القواعد التي ينظمها التشريع القديم جملة وتفصيلاً ، سواء كانت متعارضة مع قواعد التشريع الجديد أو كانت غير متعارضة؛ لأن التعارض هنا يخص روح التشريع والأفكار الأساسية التي يقوم عليها ، بل إن الإلغاء يلحق القواعد التي كان يتضمنها التشريع القديم ولم يرد مثيل لها في التشريع الجديد ، ولو لم ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء التشريعات السابقة التي كانت تنظم نفس الموضوعات التي أعاد تنظيمها .

ومما سبق يتضح أن هذا النوع من الإلغاء لا يتحقق إلا بالنسبة للتشريعات دون غيرها من باقي مصادر القاعدة القانونية [1] .

= بناء على ذلك فإن القاعدة التي قررتها المادة رقم (217) من قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984 باشتراط إذن المحكمة أو أجازتها للوصية الصادرة من السفيه أو ذي الغفلة البالغ من العمر 18 سنة تنسخ المادة (95) من القانون المدني فيما يتعلق بعدم اشتراطها إذن المحكمة لإبرام الوصية في هذه الحالة.

(1) يعرض الفقه ، بالإضافة إلى النوعين السابقين للإلغاء الضمني ، لنوع ثالث هو الإلغاء بالارتداد، أو بطريق الإحالة "Abrogation par Ricochet"، ويحدث هذا الإلغاء عندما يصدر قانون ينظم موضوعاً ما، ويحيل في ذلك إلى أحكام قانون آخر سابق عليه ، ثم يلغى القانون المحال عليه ، فهل يؤدي إلغاء هذا القانون إلى إلغاء القانون المحيل ؟

يميز الفقه في هذه الحالة بين فرضين : الفرض الأول: إذا حل محل التشريع المحال عليه ، أي التشريع الذي ألغي، تشريع جديد ، حل هذا التشريع الجديد محل التشريع الذي ألغي. الفرض الثاني: إذا ألغي التشريع المحال عليه دون أن يحل محله تشريع آخر ، فإن التشريع الذي ألغي يظل قائماً بالنسبة للتشريع المحيل، ويعد جزءاً منه، مالم يترتب على إلغاء التشريع المحال عليه تعذر إعمال التشريع المحيل، فعندئذ يترتب على إلغاء التشريع المحال عليه إلغاء التشريع المحيل بطريق الارتداد أو الانعكاس.

راجع : سمير تناغو ، ص 422 ، حسام الأهواني ، ص 150 ، جلال إبراهيم ، 221 .

المبحث الثاني

تنازع القوانين من حيث الزمان

تمهيد – عرض مسألة التنازع :

284 – يعرض تنازع القوانين من حيث الزمان [1] في حالة تعدد القوانين التي تحكم نفس الموضوع محل البحث وتواليها أو تعاقبها زمنياً ، بمعنى أن يكون هناك قانون أصلاً ينظم موضوعاً ما ، ثم ينتهي النطاق الزمني لهذا القانون ليحل محله قانون جديد ينظم نفس الموضوع بطريقة مختلفة ، فهنا قد يثور التساؤل عن تحديد القانون الذي تخضع له المسألة موضوع البحث[2].

وفي صدد بحث هذه المسألة ، نبادر باستبعاد فرضين لا تثور بشأنهما صعوبة ، ويتحقق هذان الفرضان عندما تتم جميع المراحل القانونية التي يمر بها كل من هذين الفرضين في النطاق الزمني لأحد القانونين وحده دون مشاركة من القانون الآخر ، حيث يكون القانون الأول هو الواجب التطبيق ، ولتوضيح ذلك يتعين علينا الإشارة إلى مراحل الحياة القانونية للوقائع والتصرفات التي يضطلع القانون

---

(1) راجع في تنازع القوانين من حيث الزمان ، بصفة خاصة : حسن كيرة ، مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العددان الثالث والرابع ، 1958 ص 85 – 184 .

ROUBIER : Les conflits de lois dans le temps, théorié dite de la non retroactivité des lois. T.1, 1929.

- Le droit transitoire. 2 ed, 1960.

- Louis Bach (E): Contribution a L'étude du probleme de l'application de la loi dans le temps. R.T.D.C. 1969, P.405:

- Jacques Heron, Etude structurale de l' applications de la loi dans le temps (A partir du droit civil), R,T,D,C, 1985, P.227.

(2) وتثور مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة لجميع التشريعات ، فلا تقتصر على التشريع العادي وإنما تشمل أيضا التشريعات الدستورية والتشريعات الفرعية ، أي اللوائح ، ولكنها تقتصر وفقاً للرأي الراجح على التشريعات ، أي القوانين المكتوبة ، ولا تشمل القوانين غير المكتوبة كالعرف .

بتنظيمها ، والتي نطلق عليها تعبير المراكز القانونية ، قاصدين بها كل الموضوعات التي تخضع لحكم وتنظيم القانون سواء كانت وقائع أو تصرفات قانونية، أو غير ذلك .

وتمر الحياة القانونية لهذه المراكز بثلاث مراحل ، تبدأ بنشأة أو تكوين المركز القانوني ، يليها إنتاج آثاره ، وتنتهي بانقضائه ، مع ملاحظة أنه في الكثير من الحالات تندمج المرحلة الثالثة بالمرحلة الثانية، كما يمكن أن تتم المراحل الثلاث في وقت واحد، كما هو الحال بالنسبة للتصرفات فورية التنفيذ ، التي تنشأ وتنفذ وتنقضي في وقت واحد ، ومن أمثلتها البيوع البسيطة التي نجريها في حياتنا اليومية ، حيث يتم تكوين المركز القانوني وترتيب آثاره وانقضاؤه في وقت واحد في ظل قانون واحد .

ومن الواضح أنه إذا استنفد المركز القانوني مراحل حياته الثلاث في ظل قانون معين كان هذا القانون وحده هو الواجب التطبيق ، وبالتالي فإذا اكتملت الحياة القانونية للمركز أو الوضع القانوني محل البحث في ظل القانون القديم ، بأن وقع تكوينه أو إنشاؤه ، وإنتاج أثاره ، وكذلك انقضاؤه في ظل هذا القانون ، انعقد له ، وحده ، الاختصاص بحكم النزاع ، أما إذا اكتملت في ظل القانون الجديد فيكون الاختصاص له وحده كذلك .

وفي هذين الفرضين يكون تطبيق القانون المختص على النزاع تطبيقاً مباشراً لا يثير أدنى صعوبة ، حيث لا ينازعه في ذلك القانون الآخر .

285 – ولكن الصعوبة تظهر في فرض ثالث يتحقق إذا ما مرت الحياة القانونية للوضع أو المركز القانوني محل البحث بأكثر من قانون ، كأن يبدأ تكوينه في ظل القانون القديم ، ولكنه لا يكتمل إلا في ظل القانون

الجديد، أو يتكون ويكتمل في ظل القانون القديم ، ولكن إنتاج آثاره لا يتم إلا في ظل القانون الجديد، أو يتكون ويبدأ في إنتاج آثاره في ظل القانون القديم، ولكنه يستمر في إنتاج هذه الآثار في ظل القانون الجديد أيضاً ، وأخيراً بأن تكون نشأة المركز القانوني وإنتاجه لآثاره جميعها في ظل القانون القديم، أما انقضاؤه فيتم في ظل القانون الجديد.

ولنذكر فيما يأتي بعض الأمثلة والتطبيقات العملية توضح لنا الحالات السابقة :

(أ) – تزوج شخص في ظل قانون يكفل للزوج حق طلاق زوجته بإرادته المنفردة ، دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، وبعد إتمام الزواج صدر قانون جديد يسلب الزوج هذا الحق، ويجعل الطلاق بحكم من القضاء ، أو يخضعه لشروط أو إجراءات جديدة لم تكن واردة في القانون القديم . عندئذ يثار التساؤل عما إذا كانت أحكام هذا القانون الجديد تسري على من تزوج في ظل القانون القديم ، أم يمتنع سريانها وتطبق أحكام القانون القديم .

(ب) – أرتكب شخص فعلاً في ظل قانون يجعل من هذا الفعل جريمة معاقباً عليها بعقوبة معينة ، وبعد ارتكاب الفعل وفي أثناء نظر الدعوى ، أو بعد صدور الحكم النهائي وقبل تنفيذه ، أو في أثناء تنفيذه وقبل تمامه ، صدر قانون جديد يرد الفعل الذي تم ارتكابه إلى دائرة الأفعال المباحة، أو يغير من العقوبة المقررة له بالتخفيف أو التشديد ، فأي القانونين يطبق على ذلك الشخص؟.

(ج) – أبرم شخص يبلغ تسعة عشر عاماً تصرفاً قانونياً في ظل قانون يجعل سن الرشد ثمانية عشر عاماً، وبعد مضي عام من إبرام التصرف، أي: حينما بلغ الشخص سن العشرين ، صدر قانون يجعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة كاملة ، فماذا يكون الحكم بالنسبة لهذا الشخص؟

هل يستمر بالغاً طبقاً لأحكام القانون القديم ؟ أم يطبق عليه القانون الجديد فيصبح قاصراً ؟ وما مصير التصرف الذي أجراه حينئذ ؟ هل يبقى صحيحاً ، أم يصبح باطلاً أو قابلاً للإبطال؟.

(د) – في التقادم المانع من سماع الدعوى ، إذا بدأت مدته في ظل قانون يحددها بخمسة عشر عاماً ، وبعد انقضاء عشر سنوات صدر قانون جديد يغير من هذه المدة زيادة أو نقصاناً ، أو يعدل من شروطه وإجراءاته ، فأي القانونين يتعين تطبيقه؟.

(هـ) – أُبرِم عقد قرض بفائدة قدرها ثمانية بالمائة في ظل قانون يسمح بذلك، وبعد انقضاء فترة على إتمام القرض صدر قانون يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة سبعة بالمائة، أو تسعة بالمائة ، فما أثر ذلك بالنسبة لما تم تحصيله من فائدة، وما تم استحقاقه منها ولم يحصل ، وما لم يتم استحقاقه بعد عن المدة التالية لصدور القانون الجديد؟.

ففي الحالات السابقة تعاصر الحياة القانونية للمركز موضوع البحث القانونين القديم والجديد، ويثور التساؤل عن أي منهما يختص بتنظيم هذا المركز القانوني، هل يطبق القانون القديم[1] ؟ وفي هذه الحالة هل نكون أمام تطبيق مباشر لهذا القانون القديم؟ أم بصدد تطبيق استثنائي فيه يمتد القانون القديم بعد زواله ليحكم مراكز قانونية لم تكتمل جميع عناصرها في ظله؟ أم يطبق القانون الجديد[2] ؟ ، وفي هذه الحالة أيضاً: هل نكون أمام تطبيق مباشر لهذا القانون؟ أم بصدد تطبيق رجعي على مراكز قانونية تمت في ظل القانون القديم؟.

في الإجابة عن هذه التساؤلات يكمن حل مسألة تنازع القوانين من

(1) باعتبار أنه القانون الذي نشأ في ظله المركز القانوني موضوع البحث ، أو على الأقل بدأ نشوؤه في ظله، ومن ثم يكون هو الأولى بالتطبيق ، باعتبار أن الأفراد يكونون قد عولوا على أحكامه .

(2) اعتباراً بأنه يكون القانون الأفضل الذي يرى المشرع أنه أكثر ملاءمة لحكم العلاقات القانونية، وإلا تدخل المشرع لتعديل القانون القديم .

حيث الزمان، وبالتالي تحديد النطاق الزماني لكل من القوانين المتنازعة.

شروط تحقق التنازع الزماني :

286- من العرض السابق يتضح لنا أنه يشترط لوجود حالة التنازع بين القوانين من حيث الزمان ، وبالتالي الحاجة إلى تحديد النطاق الزمني لكل من القوانين المتنازعة ، ما يأتي :

أولاً : أن يكون هناك تعدد للقوانين ، بمعنى أن تخضع العناصر المختلفة للمركز القانوني محل البحث لأكثر من قانون ، وذلك على الوجه السابق التعرض له .

ثانياً : أن يكون تعدد القوانين المتنازعة تعدداً زمنياً، بمعنى أن يتتابع تواجدها واحداً إثر الآخر ، فإن وجد أكثر من قانون في نفس السياق الزمني فلا نكون بصدد تنازع للقوانين من حيث الزمان .

ثالثاً : اختلاف الحكم المقرر للمركز القانوني في القوانين المتنازعة ، بحيث ينظم كل منها موضوع المركز القانوني على خلاف الآخر ، فإن كان حكم القوانين واحداً فلا يثور التنازع بينها .

إذا اجتمعت الشروط الثلاثة السابقة كنا بصدد تنازع حقيقي، ولزم تعيين القانون الواجب التطبيق من القوانين المتنازعة .

المبدأ العام في تنازع القوانين :

287 – وقد واجهت التشريعات هذه المسألة بوضع مبدأ عام يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، وهذا هو مبدأ عدم رجعية القوانين ، كما قامت بوضع حلول تشريعية خاصة لبعض حالات التنازع توضح فيها أي القوانين يطبق، على أنه باستثناء تلك الحالات التي وضع المشرع لها حلولاً خاصة ، أثبت العمل أن هناك صعوبات حول تطبيق مبدأ عدم

رجعية القوانين؛ إذ توجد حالات كثيرة يطبق فيها القانون الجديد على مراكز قانونية وقعت قبل تاريخ العمل به . ومن ناحية أخرى فقد يمتد تطبيق القانون القديم ليحكم آثاراً تمت في ظل القانون الجديد .

لذلك فقد اجتهد الفقه في اقتراح الحلول والنظريات التي تحدد نطاق تطبيق القانون الجديد على الماضي ، أي: بأثر رجعي استثناء من المبدأ العام ، وكذلك حالات امتداد تطبيق القانون القديم بعد إلغائه .

وعلى الرغم من تعدد النظريات التي اقترحت في هذا الصدد فلم يكتب النجاح إلا لنظريتين ، ذهبت الأولى ، وهي النظرية التقليدية ، إلى القول بوجوب احترام مبدأ عدم رجعية القوانين بالنسبة لما اكتسب من حقوق قبل العمل بالقانون الجديد، فلا يستطيع أن يمسها هذا القانون الأخير ، أما مجرد الآمال فليس هناك ما يمنع من إخضاعها للقانون الجديد ، وهكذا قامت النظرية التقليدية على التفرقة بين الحقوق المكتسبة التي لا يمكن أن يمتد إليها سلطان القانون الجديد ، ومجرد الآمال التي يمكن إخضاعها للقانون الجديد على الرغم من صدوره لاحقاً عليها ، دون أن نكون بصدد تطبيق رجعي للقانون .

ولكن الفقه الحديث استطاع أن يثبت أن النظرية التقليدية كثيراً ما تخلط بين رجعية القانون وتطبيقه تطبيقاً مباشراً ، ففي بعض الحالات ترى النظرية التقليدية أن تطبيق القانون الجديد على مراكز قانونية وقعت قبل صدوره يكون تطبيقاً رجعياً فتسوِّغه على سبيل الاستثناء، بينما هو في حقيقته تطبيق مباشر وفوري للقانون الجديد . ولذلك حاولت النظرية الحديثة إكمال وإصلاح النظرية التقليدية عن طريق رسم النطاق الصحيح لمبدأ عدم رجعية القوانين باستبعاد الحالات التي يكون فيها تطبيق القانون تطبيقاً مباشراً بما له من أثر فوري ، وجعلت من هذا المبدأ أي: الأثر الفوري للقانون الجديد الأصل والأساس في حل

تنازع القوانين من حيث الزمان ، ولكنها أوردت عليه استثنائين : بمقتضى الاستثناء الأول يمكن تطبيق القانون الجديد على الماضي ، أي: على وقائع سابقة لصدوره استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين ، وبمقتضى الاستثناء الثاني لا يطبق القانون الجديد تطبيقاً فورياً بمجرد صدوره ، وإنما يمتد القانون القديم ليطبق بدلاً منه ، وهذا هو مبدأ الأثر الممتد للقانون القديم .

وهكذا تقتضى دراستنا لتحديد النطاق الزمني لتطبيق القوانين ، وحل ما قد يثار بينها من تنازع من حيث الزمان ، أن نتعرض بالشرح والتحليل للمبادئ الثلاثة التي تنظم هذا الموضوع، وهي : مبدأ عدم رجعية القوانين ، ومبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، ومبدأ امتداد القانون القديم في بعض الحالات الاستثنائية ، ثم نعرض للحلول العملية التي تتقرر بالتطبيق لهذه المبادئ ، وننهي دراستنا بعرض بعض الحلول التشريعية لحالات التنازع بين القوانين التي قررها المشرع بنصوص خاصة ، والتي لا نحتاج معها إلى البحث في الحلول والنظريات الفقهية، وإنما نطبق الحل التشريعي مباشرة .

وبذلك تتناول دراستنا موضوعات خمسة، نكرس لكل منها مطلباً خاصاً على الوجه الآتي :

المطلب الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين.

المطلب الثاني : مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

المطلب الثالث : مبدأ امتداد القانون القديم .

المطلب الرابع : الحلول العملية لمسائل تنازع القوانين من حيث الزمان .

المطلب الخامس: الحلول التشريعية في مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان.

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

تقسيم :

288- تقتضي دراسة مبدأ عدم رجعية القوانين أن نعرض له بالتحليل من الوجهة النظرية ببيان المقصود به، وتقريره، وإيضاح مَسوّغاته ونطاقه، وما يرد عليه من استثناءات ، ثم ننتقل إلى كيفية تطبيقه وفقاً للنظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

وبذلك تتناول دراستنا لمبدأ عدم رجعية القوانين موضوعات ثلاثة نجعل لكل منها بنداً مستقلاً على الوجه الآتي :

البند الأول : المقصود بمبدأ عدم رجعية القوانين ومَسوّغاته ونطاقه .

البند الثاني : إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين وفقاً للنظرية التقليدية .

البند الثالث : إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين وفقاً للنظرية الحديثة .

البند الأول

المقصود بمبدأ عدم رجعية القوانين

ومسوغاته ونطاقه

أولاً – المقصود بالمبدأ :

289 – يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا تسري على ما وقع قبلها ، بمعنى أن القوانين تصدر لتطبق على الحاضر والمستقبل، ولا تطبق على الماضي؛ لأن أثرها يكون فورياً، وليس رجعياً .

ونظراً لما للمبدأ من أهمية ، فإن غالبية التشريعات تحرص على النص عليه ، من ذلك المادة (179) من الدستور الكويتي التي تقضي بأنه: « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها»[1].

كما رددت المبدأ المادة الثالثة فقرة أولى من القانون المدني بقولها : «يسري القانون الجديد على كل ما يقع من تاريخ العمل به ، ما لم ينص على خلافه» .

ووفقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إذا ارتكب أحد الأشخاص فعلاً ليس فيه مخالفة للقوانين السارية ، ثم صدر قانون لاحق يجرم هذا الفعل ، فلا يمكن معاقبة هذا الشخص إعمالا للقانون الجديد؛ لأن في ذلك تطبيقاً له على الماضي ، أي: بأثر رجعي وهذا لا يجوز إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القانون .

---

(1) انظر في المعنى نفسه المادة (187) من الدستور الكويتي.

وإذا وضع شخص يده على قطعة أرض لمدة خمسة عشر عاماً وتوافرت في جانبه شروط التقادم المثبت ، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق الذي يدعيه ويحكم له به ، بمجرد انقضاء الخمسة عشر عاماً إذا أدعى الحق لنفسه، وأنكره على الغير[1]، حتى ولو صدر بعد ذلك قانون يطيل مدة التقادم بجعلها عشرين عاماً مثلاً .

وإذا أوصى شخص لآخر بأكثر من ثلث تركته في ظل قانون يجيز ذلك ، ثم صدر ، بعد إتمام الوصية ووفاة الموصي ، قانون يقيد الوصية بألا تزيد عن ثلث التركة ، فلا يسري هذا القانون على الوصية التي تمت بل تظل نافذة ولا تبطل فيما جاوز الثلث .

ثانياً – مسوغات المبدأ :

290 – يسوّغ مبدأ عدم رجعية القوانين باعتبارات من العدالة ، والمنطق ، وتقتضيه ضرورة استقرار الأمن والنظام وتحقيق الصالح العام .

(أ) – فالعدالة تقتضي أن يحاسب الأفراد طبقاً لما هو صادر ونافذ من القوانين، وليس طبقاً لما سيصدر مستقبلاً .

(ب) – كما أن مقتضيات الأمن واستقرار معاملات الأفراد وإطمئنانهم على أعمالهم تتطلب أن تستمر معاملاتهم على ما اتفقوا عليه ، ووفق ما هو مقرر في القوانين السائدة حتى يعلم كل منهم سلفاً بما له من حقوق وما عليه من واجبات ، ولكي لا يُفاجأ الأفراد مستقبلاً بتغيير ما رسموه لمعاملاتهم بتطبيق قانون لاحق عليها. فالمصلحة العامة تتطلب عدم تطبيق القانون على الماضي استقراراً للمعاملات واستتباباً للأمن في المجتمع، وتحقيقاً للصالح العام .

---

(1) راجع المادة رقم (935) من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه : « من حاز عقاراً أو منقولاً، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة ، أعتبرت حيازته دليلاً على الحق ، ويحكم له به ، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ، ولو لم يبين سبب كسبه».

كما أن صالح الأفراد يتطلب عدم رجعية القوانين لما يتضمنه ذلك من حماية حقوقهم من تدخل المشرع بالتعديل فيها على غير الوجه الذي ارتضوه[1] .

(ج) – اخيراً فإن المنطق يستلزم عدم تطبيق القانون ، باعتباره توجيهاً سابقاً على القيام بالسلوك ذاته ، إلا على الوقائع اللاحقة له ، بل إن من شروط نفاذ التشريع نشره على الجمهور بقصد حمل القانون إلى علم الجميع ، فكأن العلم بالقانون ، وبالأدق اتخاذ الإجراءات اللازمة للعلم به ، أمر ضروري لتطبيق أحكامه ، وذلك يتطلب أن يكون القانون سابقاً على تصرفات الأفراد وليس بعد صدورها .

لهذه الاعتبارات ، فقد عُدَّ مبدأ عدم رجعية القوانين ، بمعنى عدم سريانها على الماضي ، مبدأ دستورياً مهماً تتضمنه الدساتير الحديثة ، وعُدَّ كذلك من الضمانات الأساسية للأفراد؛ لذلك فقد نصت عليه المادة (179) من الدستور الكويتي كما أسلفنا القول .

ثالثاً – نطاق المبدأ :

291 – يتضح من نص المادة (179) من الدستور الكويتي أن مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ عام التطبيق يلتزم به كل من المشرع والقاضي، باعتبار أن كلاً منهما ملتزم باحترام نصوص الدستور التي تفرض هذا المبدأ . على أنه إذا كان التزام القاضي به مطلقاً بالنسبة لجميع القوانين ، فإن التزام

---

(1) غير أن ذلك لا يعني أن عدم رجعية القوانين تكون مطلوبة دائماً، بل على العكس من ذلك قد تستدعي بعض الاعتبارات تطبيق القانون بأثر رجعي ، كأن تكون الرجعية أمراً لازماً لتصحيح بعض التصرفات الباطلة .

من هنا يقال: إن مبدأ عدم رجعية القانون ذو مضمون نسبي، إذ قد تتطلب المصلحة العامة ، وكذلك المصلحة الخاصة ، تطبيق القانون بأثر رجعي كما سنرى لاحقاً .

المشـرع به مـقـصـور على القوانين الجـزائيـة فـقط ، أمـا الـقـوانين غـيـر الجزائية فيملك أن يقرر رجعيتها بشروط معينة .

(أ) – فـإلتزام القـاضي بمبدأ عدم رجعية القوانين هو التزام مطلق يشمل جميع القوانين ، الجزائية وغير الجزائية ، ويتضح ذلك من النصوص التشريعية الدستورية والعادية التي تلزمه بالتقيد به ولا تجيز له مخالفته ، فإذا خالف القاضي هذا المبدأ عُدَّ مرتكباً لمخالفة دستورية ، ولتعلق هذه المخالفة بالنظام العام يجوز إثارتها والتمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز.

(ب) – أما عن التزام المشرع بمبدأ عدم رجعية القوانين فذلك يستفاد من النص عليه في الدستور ، القانون الأساسي الذي يتقيد المشرع بنصوصه في كل ما يضع من تشريعات عادية كانت أو فرعيه[1].

غير أن تقيد المشرع بمبدأ عدم رجعية القوانين يقتصر على القوانين الجزائية ، أما بالنسبة للقوانين غير الجزائية فيمكنه الخروج عليه بشروط وقيود معينة ، وهذا ما نوضحه في الفقرة الآتية.

(ج) – يطبق مبدأ عدم الرجعية على القوانين الجزائية بصفة مطلقة، فلا يجوز في موضوعاتها صدور قانون ليطبق على أفعال سابقة على العمل به، وإلا عُدَّ هذا القانون غير دستوري، وامتنع تطبيقه؛ لذلك فلم يكتف الدستور الكويتي بالنص العام الذي يقرر مبدأ عدم رجعية القوانين السابق الإشارة اليه ، وإنما أورد نصاً خاصاً بالمواد الجزائية فقرر في المادة (32) منه على أنه : «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها» .

---

(1) لذلك فإن مبدأ عدم رجعية القوانين كما تتقيد به السلطة التشريعية ، تتقيد به أيضاً السلطة التنفيذية عند وضعها وإصدارها اللوائح والقوانين التي تثبت لها ولاية إصدارها .

كما قررت نفس المبدأ، بالنسبة للمواد الجزائية، المادة (14) من قانون الجزاء الكويتي، التي نصت على أن: «يُعاقب على الجرائم طبقاً للقانون المعمول به وقت ارتكابها، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجل فعل ارتكب قبل نفاذ القانون الذي قرر عقوبة على هذا الفعل».

غير أننا سنرى أن مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية يرد عليه استثناء خاص بالقوانين الجزائية الأصلح للمتهم.

(د) - أما بالنسبة للقوانين غير الجزائية فقد أباح الدستور للمشرع تقرير رجعيتها، ولكنه لم يشأ أن يجعل هذا الحق مطلقاً، بل وضع له بعض القيود:

- فيجب أولاً: أن ينص المشرع صراحة على رجعية القانون الذي يصدره ليطبق على الماضي.
- ويجب ثانياً: أن تتم الموافقة على رجعية القانون المطلوب تطبيقه على الماضي بأغلبية خاصة هي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة، فيتعين في هذه الحالة حصول الموافقة من أكثر من نصف الأعضاء من حضر ومن لم يحضر، وليس فقط أغلبية الأعضاء الحاضرين، وقد تقررت هذه الأغلبية الخاصة لضمان عدم إساءة استخدام الرخصة المخولة للمشرع في هذا الشأن [1].

---

(1) من تطبيقات النص الصريح على رجعية القوانين نذكر المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 1981 في شأن مزاولة مهنة مراقب الحسابات، التي اشترطت لذلك الحصول على شهادة البكالوريوس في المحاسبة، فقد استلزم القانون المذكور هذا الشرط ليس فقط فيمن يقيد ابتداء في سجل مراقبي الحسابات بعد العمل به، وإنما أيضاً بالنسبة إلى جميع من سبق قيدهم وفقاً للقانون السابق رقم 6 لسنة 1962. ومما تجدر الإشارة إليه - في هذا الصدد - أن تحديد ما اذا كان القانون يطبق بأثر رجعي أو بأثر فوري يكون بتقصي نصوصه وأحكامه للتعرف على ما إذا كانت تسري على وقائع أو مراكز قانونية نشأت وتمت قبل تاريخ العمل به، أو أنها تطبق فقط على ما يقع منها اعتباراً من هذا التاريخ، بحيث إذا تضمن قانون حكماً ينطبق على وقائع تمت أو مراكز قانونية تكونت في الماضي، كان ذا أثر=

ومما سبق يتضح أن هذا الاستثناء من عدم رجعية القوانين مقصور على القوانين العادية ، أي : التشريعات غير الجزائية التي تصدرها السلطة التشريعية ولا يمتد إلى التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية(1) .

رابعاً – الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية :

292 – يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين استثناءان ، يتعلق الأول منهما بالقوانين غير الجزائية التي أجاز الدستور للمشرع تطبيقها رجعياً على الماضي وفقاً للشروط والقيود السابق إيضاحها(2) ، أما الاستثناء الثاني فيتعلق بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، فبعد أن نصت المادة (14) من قانون الجزاء الكويتي على مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية ، أوردت المادة (15) من القانون نفسه استثناءً على المبدأ المذكور خاص بالقوانين الجزائية الأصلح للمتهم بقولها : « إذا صدر بعد ارتكاب الفعل، وقبل إن يحكم فيه نهائياً ، قانون أصلح للمتهم وجب تطبيق ذلك القانون دون غيره ، ومع ذلك إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً ، وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن» .

= رجعي حتى ولو ورد فيه نص يقرر أن العمل به من تاريخ نشره .

انظر في هذا المعني : محكمة التمييز ، طعن رقم 70 لسنة 1987 تجاري ، مجلة القضاء والقانون ، مارس 1995 ، قاعدة (34) ص 145 .

(1) كما لا يطبق هذا الاستثناء على التشريعات التي تصدر في غياب الحياة النيابية التي يعتبرها القضاء الكويتي قوانين قائمة بذاتها أصدرت بطريقة خاصة من سلطة عليا – ممثلة بأمير البلاد – انعقدت لها السلطة التشريعية فهذه التشريعات لصدورها من السلطة التنفيذية وليس السلطة التشريعية لا يتصور أن تتوافر بالنسبة لها الشروط الخاصة بالرجعية ، وتحديداً الشرط الخاص بالأغلبية المطلوبة من المجلس التشريعي ، هذا مع ملاحظة أن القضاء الكويتي يقرر أن هذه التشريعات تكون بمنأى عن التقيد بالقواعد التي تخضع لها القوانين التي تسن في الظروف العادية ، والمقصود بذلك القواعد الخاصة بضرورة عرض هذه التشريعات على المجلس التشريعي عند عودته .

(2) وتستند رجعية القوانين غير الجزائية في هذه الحالة إلى مقتضيات المصلحة العامة .

فإذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون القديم ، فإنه يطبق على الأفعال التي وقعت قبل صدوره، ويستفيد منه المتهم مادام أن هذا القانون الجديد الأصلح قد صدر قبل الحكم في الدعوى نهائياً ، ما لم يكن القانون الجديد قد جعل الفعل مباحاً، فيستفيد منه المتهم، ولو صدر بعد الحكم النهائي بإدانته .

ويستند هذا الاستثناء إلى ما يتضمنه من حماية للحرية الفردية ، إضافة إلى أنه لا يتعارض مع المصلحة العامة .

البند الثاني

إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين وفقاً للنظرية التقليدية

عدم مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم :

293 – ظهرت في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين نظرية تقليدية ، سادت الفقه والقضاء في فرنسا ، حتى أوائل القرن الماضي وتأثر بها الفقه والقضاء في كثير من الدول ، والمفهوم التقليدي لمبدأ عدم رجعية القوانين يقوم أساساً على التفرقة بين الحقوق المكتسبة ومجرد الآمال : فإذا كان في تطبيق القانون الجديد على وقائع حدثت قبل صدوره مساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم كان القانون الجديد ذا أثر رجعي، وامتنع تطبيقه لمخالفته لمبدأ عدم الرجعية الذي سبقت الإشارة إليه ، أما إذا كان تطبيقه على هذه الوقائع لا يمس حقاً مكتسباً وإنما مجرد أمل فلن يكون القانون الجديد ذي أثر رجعي ، وإنما تطبيق مباشر فوري له ، وهو مالا يتعارض مع المبدأ المذكور .

ولإيضاح التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، يضرب أنصار النظرية التقليدية بعض الأمثلة على الوجه الآتي :

(أ) – في مجال التقادم المكسب : إذا وضع شخص يده على قطعة أرض في ظل قانون يجعل مدة وضع اليد ، أي: التقادم ، خمسة عشر عاماً كاملة يكون الشخص قد اكتسب حقاً لا يجوز المساس به ، حتى ولو صدر قانون بعد مضي خمسة عشر عاماً يجعلها عشرين عاماً؛ إذ في تطبيق هذا القانون الجديد مساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم ، بيد أن الوضع يختلف إذا صدر القانون الجديد قبل اكتمال الخمسة عشر عاماً؛ إذ في هذه الحالة لا يكون واضع اليد قد اكتسب حقاً، وكل ماله مجرد أمل في

اكتساب هذا الحق ، ومن ثم فإن القانون الجديد هو الذي يطبق ويكون تطبيقه هنا بأثر فوري، وليس رجعياً؛ لأنه لا يمس حقاً مكتسباً .

(ب) – وفي مجال الوصايا : إذا أوصى [1] شخص لآخر بما يجاوز ثلث تركته ، وبعد وفاته صدر قانون لا يجيز الوصية إلا في حدود الثلث ، فإن هذا القانون لا يسري في مواجهة الموصى له لأنه بوفاة الموصي مصراً على وصيته يكون الموصى له قد اكتسب حقاً في ظل القانون القديم لا يمسه القانون الجديد ، وعلى العكس يسري القانون الجديد إذا ما صدر قبل وفاة الموصي؛ إذ لا يكون للموصى له في هذه الحالة سوى مجرد أمل، وبالتالي يطبق عليه القانون الجديد دون أن يكون ذلك تطبيقاً رجعياً وفقاً للنظرية التقليدية .

الأستثناءات التي تقررها النظرية التقليدية على مبدأ الرجعية :

294– علمنا من منطوق النظرية التقليدية أن القانون الجديد لا يطبق على الماضي إلا إذا كان ما ترتب في ظل القانون القديم مجرد أمل، وليس حقاً مكتسباً ، ويكون تطبيقه في هذه الحالة تطبيقاً فورياً وليس رجعياً ، أما إذا كان ما ترتب في الماضي قبل صدور القانون الجديد حقاً مكتسباً ، فلا يطبق عليه القانون الجديد ، بيد أن أنصار هذه النظرية أوردوا بعض الاستثناءات رأوا فيها أن القانون الجديد يطبق بأثر رجعي ، أي: حسب منطوقهم يجوز فيها المساس بحق مكتسب ، وهذه الاستثناءات هي :

---

(1) والوصية تصرف يتم بالإرادة المنفردة من جانب الموصي يقرر فيه أن يؤول جزء من تركته إلى الموصى له ، وهي لا تنفذ الا بوفاة الموصي مصراً عليها قبل وفاة الموصى له ، وقبل ذلك يكون له العدول عنها أو التعديل فيها.

أولاً : النص الصريح .

ثانياً : القوانين الجزائية الأصلح للمتهم .

ثالثاً : القوانين المتعلقة بالنظام العام .

رابعاً : القوانين التفسيرية .

وقد سبق أن تعرضنا للاستثناءين: الأول والثاني ، وعرفنا أن الرجعية في هاتين الحالتين تستند إلى نصوص الدستور، كما أوضحنا القيود الخاصة بكل منهما ، أما الاستثناءان الأخيران فيحتاجان إلى بعض الإيضاح ، وذلك على الوجه الآتي :-

استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام :

295 – الاستثناء الثالث من مبدأ عدم سريان القوانين على الماضي وفقاً للنظرية التقليدية خاص بالقوانين المتعلقة بالنظام العام التي يجب تطبيقها بأثر رجعي لصفتها هذه . فوفقاً للنظرية التقليدية إذا اكتسب شخص حقاً ثم صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام يعدل في هذا الحق أو يلغيه ، فإن الحق يتصادم في هذه الحالة مع صفة النظام العام، ويتعين تفضيل أيهما أجدر بالرعاية والاعتبار، ونظراً لتعلق النظام العام بالصالح العام، فإنه يتعين أمامه إهدار المصلحة الخاصة أو الصالح الخاص المتمثل في الحق المكتسب ، ويسري القانون المتعلق بالنظام العام بأثر رجعي، ولا يجوز التمسك أمامه بحق مكتسب ، فإذا صدر قانون يرفع سن الرشد من ثمانِ عشرة إلى إحدى وعشرين سنه ، فإن هذا القانون يطبق على الماضي ، أي: بأثر رجعي ، ولو أدى ذلك إلى المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم ، فلو أن شخصاً بلغ قبل صدور القانون الجديد الثامنة عشرة، وأصبح، تبعاً لذلك، بالغاً طبقاً للقانون القديم ، فإنه يعود قاصراً في ظل القانون الجديد إلي حين بلوغه سن الحادية والعشرين؛

إذ لا يمكن التمسك بحق مكتسب أمام قاعدة من قواعد النظام العام[1] .

والواقع أن استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم رجعية القوانين محل نقد ، فقد قرره القائلون بالنظرية التقليدية نتيجة ما وقعوا فيه من خلط بين عدم رجعية القوانين ومبدأ التطبيق الفوري لها كما سنوضح لاحقاً .

استثناء القوانين التفسيرية :

296- القوانين التفسيرية هي التي تصدر إلحاقاً لقوانين سابقة عليها لجلاء حكمها، وإزالة ما لحقها من غموض أو إبهام ظهر بعد صدورها، أو عند تطبيقها أمام المحاكم ، فهذه القوانين ليست قوانين مستقلة وإنما هي تابعة لما سبقها من قوانين شابها الغموض؛ لذلك فهي تطبق من تاريخ تطبيق القوانين السابقة عليها، لأنها لا تأتي بأحكام جديدة، وإنما توضح فقط مضمون القواعد السابق صدورها .

لذلك يشترط لتطبيق القوانين التفسيرية على الماضي ألا تنطوي على أحكام جديدة، وإلا لما عدت قوانين تفسيرية، وكان تطبيقها على وقائع سابقة عليها تطبيقاً رجعياً، وبالتالي غير دستوري .

وبطبيعة الحال فإن تطبيق القانون التفسيري على الوقائع السابقة عليه يقف عند حد تلك المنازعات التي لم يفصل فيها بعد ، أما ما تم

---

(1) وقد ضيق بعض أنصار النظرية التقليدية من نطاق الاستثناء السابق فقصر، القوانين المتعلقة بالنظام العام التي تطبق بأثر رجعي على تلك التي تحمي مصلحة عامة ، مثل القانون الذي يفرض سعراً إلزامياً للعملة الورقية ، فهذه القوانين تطبق على العقود السابقة على صدورها طالما لم يكن قد تم تنفيذها بعد ، أما القوانين المتعلقة بالنظام العام ولكنها لا تحمي إلا مصلحة خاصة ، كالقانون الذي يضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فيسري عليها مبدأ عدم الرجعية، ولا يمكنها المساس بحق اكتسب في ظل القانون القديم .

غير أن هذه التفرقة محل نظر؛ لأن القوانين المتعلقة بالنظام العام لا تحتمل التمييز بين ما يتعلق منها بالصالح العام وما يتعلق بالصالح الخاص .

الفصل فيه من منازعات فلا يمكن تطبيقه عليها حتى ولو كان الحكم مخالفاً لما جاء به القانون التفسيري؛ وذلك إعمالاً لحجية الأمر المقضي فيه[1] .

والواقع ، كما سنرى ، أن تطبيق القوانين التفسيرية على الماضي لا يمثل استثناء حقيقياً على مبدأ عدم رجعية القوانين؛ لأن القانون الذي يطبق في هذه الحالة هو القانون القديم نفسه بعد إزالة غموضه ، وبالتالي فلا نكون بصدد تطبيق رجعي لهذا القانون .

تقييم النظرية التقليدية :

297 – وجه الفقه الحديث إلي النظرية التقليدية عدة انتقادات : نوجزها في الآتي:[2]

أولاً: عجز النظرية عن إقامة معيار محكم للتمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل : تقوم النظرية التقليدية كما رأينا على التمييز بين ما أسمته بالحق المكتسب ومجرد الأمل ، وأول ما ينسب إليها هو عجزها عن إقامة معيار دقيق محكم يمكن بواسطته التمييز بين هذين الأمرين [3] ، فكل ما فعلته النظرية هو إعطاء مجرد تحديدات عامة لما يعتبر حقوقاً مكتسبة ولما يعد آمالاً ، وذلك بالاكتفاء بضرب الأمثلة لكل منهما ، دون وضع تعريف محدد واضح للحق المكتسب ومجرد الأمل ، فالرجعية

---

(1) ومن أمثلة القوانين التفسيرية تلك التشريعات التي صدرت تفسيراً لقانون الإصلاح الزراعي المصري الصادر في عام 1952 ، وكذلك القانون الصادر في عام 1935 الذي أوضح أن بطلان شرط الذهب يشمل المعاملات الخارجية والمعاملات الداخلية ، مفسراً بذلك ما جاء بقانون 1914 الذي حرم التعامل بالذهب؛ إذ وجد المشرع أن القضاء المصري يقصر البطلان على المعاملات الداخلية فقط على خلاف ما قصده .

(2) راجع في هذه الانتقادات روبييه ، المرجع السابق ، رقم (36) ، ريبير وبولانجيه ، ج (1) رقم 285 وبعده ، مارتي ورينو ، ج(1) رقم 106 وبعده .

(3) وقد ترتب على ذلك اختلاف أنصار النظرية التقليدية أنفسهم في تكييف بعض المراكز القانونية ، وما إذا كانت تعد حقاً مكتسباً أم مجرد أمل ، كالحق المعلق على شرط مثلاً .

راجع في عرض ذلك ، روبييه ، تنازع القوانين في الزمان ، ج (1) ص 359 .

عندهم هي المساس بالحق المكتسب ، والحق المكتسب هو الذي لا يطبق عليه القانون بأثر رجعي[1] .

وترتب على إخفاق النظرية في إعطاء المعيار المحكم الدقيق أن صادفت الكثير من الصعوبات والخلافات عند التطبيق ، إلى جانب عدم دقة النتائج التي تصل إليها في بعض الحالات، ويظهر ذلك بصفة خاصة عند محاولة تطبيقها بالنسبة للحقوق القائمة فعلاً وبالنسبة للمراكز القانونية المستمرة :

(أ) – فبالنسبة للحقوق القائمة ، كحق الملكية مثلاً ، وهو يتصف بالدوام فإن تطبيق النظرية التقليدية يؤدي إلي عدم إمكان المساس به : فأي قانون يصدر بإعادة تنظيم هذا الحق لا يمكن تطبيقه وفقاً لهذه النظرية على تلك الحقوق القائمة فعلاً لكونها حقوقاً مكتسبة ، وإلا كان تطبيقه بأثر رجعي ، ولاشك أن هذه النتيجة غير منطقية وغير معقولة ، فلم يقل أحد إن القانون يحافظ على الحقوق القائمة بصفة مؤبدة، ولا يمكنه المساس بها.

(ب) – كذلك يظهر عدم دقة النظرية بالنسبة للعديد من المراكز القانونية المستمرة كالتقادم مثلا : والمقصود بالمراكز القانونية المستمرة تلك المراكز التي تخضع حياتها القانونية لكل من القانون القديم والقانون الجديد معاً ، بأن يبدأ تكوينها في ظل قانون ، ثم يصدر قانون آخر قبل أن يكتمل تكوينها ، وهذا ما نجده في حالة التقادم ، فإذا صدر قانون يلغي سبباً من أسباب وقف التقادم التي كان يقررها القانون القديم[2] فإن منطق النظرية التقليدية

---

(1) اتجه الفقه التقليدي إلى تعريف الحق المكتسب بأنه ذلك الحق الذي دخل بصفة نهائية في الذمة المالية لصاحبه ، غير أن هذا المعيار ، وعلى فرض صحته ، لا يمكنه تطبيقه على الحقوق غير المالية .

(2) ومن أمثلة ذلك أن يجعل القانون القديم من فقد الأهلية سبباً لوقف التقادم ، ثم يصدر قانون جديد يلغي هذا السبب .

يقضي بأن تطبيق القانون الجديد في هذه الحالة لا يكون تطبيقاً رجعياً لعدم وجود حق قد اكتسب بعد ، وذلك على الرغم من أن تطبيق القانون الجديد يهدر ما اعترض التقادم الذي لم يكتمل من وقف في ظل القانون القديم .

ثانياً : خلط النظرية التقليدية بين الأثر الرجعي للقانون الجديد وأثره المباشر : ترى النظرية التقليدية في بعض الحالات التي يطبق فيها القانون على وقائع سابقة على صدوره – بصفة خاصة بالنسبة للقوانين المتعلقة بالنظام العام – أن تطبيق القانون الجديد يكون رجعياً ، ولكنها تجيزه على سبيل الاستثناء ، بينما يتعلق الأمر ، في الحقيقة ، بتطبيق مباشر فوري للقانون الجديد .

ففي حالة تطبيق القانون الجديد الذي يرفع سن الرشد إلى واحد وعشرين سنة على كل من لم يبلغ هذه السن، واعتبارهم قصراً على الرغم من بلوغهم سن الثامنة عشرة، أي سن الرشد وفقاً للقانون القديم، يكون هذا التطبيق ، وفقاً للنظرية التقليدية ، تطبيقاً رجعياً يتقرر على سبيل الاستثناء إعمالاً لمقتضيات النظام العام الذي لا يجوز أمامه التمسك بحق مكتسب .

والحقيقة أن سريان القانون الجديد في مثل هذه الحالات لا مساس فيه بالماضي بل يقتصر تطبيقه على المستقبل فور نفاذه ، لذلك فلا يملك هذا القانون الجديد المساس بتصرفات من بلغ سن الثامنة عشرة ولم يبلغ الواحد والعشرين ، بل تظل هذه التصرفات صحيحة ، والذي يتناوله القانون الجديد هو ما يقع من تصرفات بعد صدوره، والتي تعد وفقاً لأحكامه وتطبيقاً لما له من أثر فوري مباشر تصرفات غير صحيحة ، وهكذا نجد أنفسنا أمام تطبيق فوري مباشر للقانون، وليس تطبيقاً رجعياً .

ثالثاً : النظر إلى المراكز القانونية المختلفة نظرة واحدة وعدم الاعتداد بما تم وانقضى من مراحلها : نعتقد أن العيب الأساسي الذي يوجه إلى النظرية التقليدية في تطبيقها لمبدأ عدم رجعية القوانين أنها لم تقم بتحليل المراكز القانونية إلى المراحل المختلفة التي تمر بها حياتها القانونية ، والنظر إلى كل مرحلة من هذه المراحل باعتبارها مركزاً قانونياً مستقلاً يمكن أن يطبق عليها القانون القديم ، بينما يطبق القانون الجديد على ما يليها من مراحل تمت في ظله .

رابعاً : يعيب النظرية التقليدية أيضاً تقيدها بما أسمته بالحقوق المكتسبة، ووجوب احترامها في جميع الحالات ، بينما لا يجوز أمام القانون وأحكامه الآمرة التي تهدف إلى حفظ المجتمع التمسك بحق مكتسب ، لذلك فقد نسب إلى النظرية التقليدية أنها تحول دون تقدم القانون وتطوره بما يخدم المجتمع.

أمام الانتقادات السابقة اتجه الفقه والقضاء إلى مفهوم آخر لتطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، فظهرت بذلك النظرية الحديثة التي تقوم على التمييز بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للقانون الجديد ، مع النظر إلى المراكز القانونية وفقاً لما تم من مراحلها المختلفة .

البند الثالث

إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين وفقاً للنظرية الحديثة

التمييز بين الأثر الفوري والأثر الرجعي للقانون الجديد:

298 – ظهرت النظرية الحديثة إثر الانتقادات التي وجهت إلى النظرية التقليدية، وبصفة خاصة خلطها بين الأثر الفوري والأثر الرجعي، وعدم اعتدادها بما تكون في ظل القانون القديم من عناصر المراكز القانونية المختلفة ، لذلك فقد اهتمت النظرية الحديثة بإيضاح المفهوم الحقيقي للأثر الرجعي للقوانين مع التمييز بين هذا الأثر وبين الأثر الفوري لها ، وكانت وسيلتها في ذلك عدم النظر إلى المراكز القانونية التي تخضع لأحكام القانون نظرة واحدة ، وإنما قامت بالتمييز بين المراحل المختلفة التي تمر بها هذه المراكز ، واعتبرت كل مرحلة من هذه المراحل مركزاً قانونياً مستقلاً ، ثم قررت في ضوء ذلك أن القانون الجديد لا يكون له – بحسب الأصل – أثر رجعي ، وإنما يطبق تطبيقاً فورياً بمجرد إصداره ونفاذه بما يحول دون امتداد تطبيق القانون القديم ، فإذا كان القانون الجديد لا يطبق بأثر رجعي ، فإنه يطبق تطبيقاً فورياً على الوقائع اللاحقة له . وفي تفسير وإيضاح هذين الشقين: عدم الرجعية والأثر الفوري يظهر منطوق ومفهوم النظرية الحديثة .

ونقتصر هنا على إيضاح مبدأ عدم رجعية القوانين :

مفهوم عدم رجعية القوانين في الفقه الحديث :

299 – لم ينظر الفقه الحديث إلى المراكز القانونية التي تكونت قبل صدور القانون الجديد نظرة واحدة ، وإنما ينظر إلى كل مرحلة من مراحلها على حدة ليطبق عليها القانون الذي تمت في ظله ، لذلك فإن مبدأ عدم

رجعية القوانين لدى النظرية الحديثة يعني أن القانون الجديد لا يطبق على المراكز القانونية التي تم إنشاؤها وانقضاؤها في ظل قانون سابق ، ولا يطبق كذلك على ما ترتب فعلاً على تلك المراكز من آثار في الماضي ، أما الآثار الحالية والآثار المستقبلة للمراكز القانونية التي تكونت في الماضي فإن تطبيق القانون الجديد عليها يعد تطبيقاً فورياً مباشراً ، لا تطبيقاً رجعياً .

وإعمالاً للنظرية الحديثة فإن القانون الجديد لا يطبق على الوصايا التي تمت في ظل القانون القديم، وأصبحت نافذة بوفاة الموصي قبل صدور القانون الجديد.

كذلك لا يطبق القانون الجديد الذي يغير من شروط التقادم المانع من سماع الدعوى بالحق على الديون التي تكون مدة تقادمها قد اكتملت في ظل القانون القديم [1].

كما لا يطبق القانون الجديد الذي يغير من أثر المسئولية على الإصابات التي تكون قد حدثت، واستقرت حالتها قبل العمل به [2] .

---

(1) فالقانون الجديد الذي يجعل واقعة ما غير قاطعة للتقادم بعد أن كانت قاطعة له وفقاً للقانون القديم الذي تمت في ظله لا يطبق إلا من تاريخ العمل به، ولا يمس ما تم من انقطاع لتقادم في ظل القانون القديم ، كذلك القانون الجديد الذي يجعل واقعة ما قاطعة للتقادم بينما لا تكون قاطعة له في ظل القانون القديم لا يطبق إلا من تاريخ العمل به .

وإذا استحدث القانون الجديد سبباً لوقف التقادم لم يكن يعرفه القانون القديم ، فلا يعمل به إلا بعد سريان القانون الجديد ؛ لذلك يعتد في حساب التقادم بالمدة التي انقضت في ظل القانون القديم ، أما في ظل القانون الجديد فلا يحسب التقادم إلا بعد زوال سبب الوقف الذي قرره . وإذا الغى القانون الجديد سببا لوقف التقادم كان يقرره القانون القديم فإن أثر ذلك لا يعمل به إلا في ظل القانون الجديد فلا يزول الوقف إلا منذ نفاذه ، لذلك لا يدخل في حساب التقادم مدة الوقف التي تمت في ظل القانون القديم . راجع في ذلك : روبيبه ، ص 300 .

(2) لذلك فلم يطبق القضاء الكويتي القانون المدني الجديد الذي جعل الدية عشرة آلاف دينار كويتي على إصابة المضرور التي جاءت إثر واقعة حدثت في 1980/9/3، واستقرت حالتها قبل العمل بهذا القانون ، وإنما طبق عليها القانون الساري وقت الإصابة الذي كان يقدر الدية بستة آلاف دينار .

راجع محكمة التمييز ، طعن رقم 49 لسنة 1985 جلسة 1985/12/11، مجموعة القواعد القانونية التي=

وإذا اشترط القانون الجديد التسجيل لانتقال ملكية العقار ، فلا يسري هذا القانون على الملكيات التي تكون قد انتقلت دون هذا التسجيل إعمالاً للقانون القديم الذي لم يكن يتطلب التسجيل .

وإذا تطلب القانون الجديد شكلاً خاصاً لصحة إبرام التصرف القانوني ، فلا يطبق هذا الشكل على التصرفات القانونية التي تمت صحيحة في ظل القانون القديم الذي لم يكن يشترط شكلاً خاصاً لإبرامها .

وعلى العكس مما سبق فإن تطبيق القانون الجديد الذي يرفع سن الرشد على من بلغوا هذه السن وفقاً للقانون القديم دون أن يبلغوها وفقاً للقانون الجديد، واعتبارهم ناقصي الأهلية بالنسبة لتصرفاتهم المستقبلية ، يكون تطبيقاً فورياً للقانون الجديد، وليس تطبيقاً رجعياً ، ولكن لا يمكن تطبيق هذا القانون بالنسبة للتصرفات التي تمت قبل صدوره، فلا يمكن إبطالها، وإلا كان ذلك تطبيقاً رجعياً فلا يجوز .

الاستثناءات التي تقررها النظرية الحديثة على مبدأ عدم الرجعية :

300 – سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية تستثني من مبدأ عدم رجعية القوانين أربع حالات يطبق فيها القانون الجديد تطبيقاً رجعيا، وهي : النص الصريح ، والقوانين الجزائية الأصلح للمتهم ، والقوانين المتعلقة بالنظام العام ، والقوانين التفسيرية . أما وفقاً للنظرية الحديثة فإن القانون الجديد لا يطبق تطبيقاً رجعياً إلا في حالة النص الصريح على ذلك التطبيق الرجعي ، على أساس أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي ولا يقيد المشرع بالنسبة لغير القوانين الجزائية ، فالمشرع له أن يقرر سريان القانون على الماضي ، مع مراعاة القيود الدستورية في هذا الشأن .

= قررتها محكمة التمييز ، القسم الأول ، المجلد الأول ، ص 441 قاعدة رقم 10 .

ولا ترى النظرية الحديثة في تطبيق القوانين الجزائية الأصلح للمتهم على ما يقع قبل صدورها ونفاذها تطبيقاً رجعياً ، بل ترى في ذلك تطبيقاً فوريا لهذه القوانين ، على أساس أن المركز القانوني المترتب على ارتكاب الجرم لا يكتمل نشوءه إلا بعد صدور الحكم النهائي ، أما قبل ذلك فلا يكون هناك مركز قانوني وبالتالي فإن تطبيق القانون الأصلح للمتهم يكون تطبيقاً فورياً وليس رجعياً .

وبالنسبة للقوانين المتعلقة بالنظام العام ، فقد جاء استثناء النظرية التقليدية لها من مبدأ عدم رجعية القوانين نتيجة خلطها بين الأثر الرجعي للقانون الجديد وأثره المباشر على الوجه الذي سبق أن أوضحناه [1] ، فتطبيق القانون الجديد في مثل هذه الحالات يكون تطبيقاً مباشراً، وليس رجعياً، وبالتالي فليس هناك استثناء بالنسبة لهذه القوانين .

أما القوانين التفسيرية فرجعيتها وسريانها على الماضي ظاهرية، وليست حقيقية؛ لأن القانون الذي يطبق مازال هو القانون القديم، ولكن بعد استجلائه وإزالة غموضه بواسطة القانون المفسر .

تقييم النظرية الحديث :

301 – يرجع إلى النظرية الحديثة في التنازع الزماني للقوانين الفضل في إيضاح وبلورة التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للقوانين الجديدة وتجنب الخلط بينهما ، تلك التفرقة التي عجزت النظرية التقليدية عن إيضاحها.

وقد لجأت النظرية الحديثة في سبيلها لتحديد النطاق الحقيقي لمبدأ عدم رجعية القوانين إلى التمييز بين مبادئ أو قواعد ثلاثة تعمل معاً

(1) راجع ما سبق فقرة رقم 10 .

لحل مشاكل تنازع القوانين من حيث الزمان ، هي : مبدأ عدم رجعية القوانين ، ومبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، ومبدأ امتداد تطبيق القانون القديم ، وفي تطبيق هذه المبادئ الثلاثة كل في مجاله الحقيقي يمكن حل مسائل تنازع القوانين ، كما سنرى . من هنا فإن النظرية الحديثة لا تقتصر على إيضاح مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين ، وإنما قامت بوضع الحلول اللازمة لموضوع تنازع القوانين ، فجاءت بذلك نظرية شاملة كاملة .

الخلاصة في مبدأ عدم رجعية القوانين :

302 – يتضح لنا مما سبق أن النظرية التقليدية لجأت في تحديد مفهوم عدم رجعية القوانين إلى التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، أما الفقه الحديث فقد لجأ في تفسيره وتحديده لمفهوم عدم رجعية القوانين إلى تحليل المركز القانوني لمراحله القانونية المختلفة التي يمر بها، ونظر إلى كل مرحلة من هذه المراحل على أنها مركز قانوني مستقل بذاته من حيث تنازع القوانين ، وعلى الرغم من التشابه المحدود بين النظريتين باعتبار أن مجرد الأمل يمكن اعتباره مرحلة من مراحل الحق ، وإن كانت تسبق تكوينه ووجوده معها لا يكون الحق قد وجد بعد، على الرغم من ذلك فإن التحليل الحديث أكثر دقة وشمولية، لأن الحق الذي قامت النظرية التقليدية على أساسه هو أحد المراكز القانونية ولا يشمل كل المراكز القانونية ، بالإضافة إلى أن الفقه التقليدي نظر إلى الحق في ذاته نظرة واحدة إما موجود أو غير موجود دون اعتداد بما يكون قد تكوّن من مراحله طالما لم يكتمل بعد. أخيراً ، وهو الأهم ، لم تهتم النظرية التقليدية إلا بتحديد مجال تطبيق القانون الجديد من حيث الرجعية وعدم الرجعية، ولم تنظر إلى إمكان استمرار تطبيق القانون القديم على الرغم من نفاذ القانون الجديد في بعض الحالات الاستثنائية ، كما أنها لم

تحاول التمييز بين عدم تطبيق القانون الجديد تطبيقاً رجعياً بالمعنى الدقيق لرجعية القوانين وبين تطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً بمجرد نفاذه[1]، وهذا ما تداركته النظرية الحديثة التي لم تقتصر على طرح مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، على الوجه السابق عرضه، وإنما أقامت بجانبه مبدأين آخرين هما : مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، ومبدأ امتداد تطبيق القانون القديم، وبالتوفيق بين هذه المبادئ الثلاثة يكمن حل التنازع بين القوانين من حيث الزمان، وهذا ما سنوالى إيضاحه بعرض مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، ثم مبدأ امتداد تطبيق القانون القديم .

(1) وقصور النظرية التقليدية التي تقوم على التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل المشار اليه بالمتن لا يعني انعدام كل فائدة لهذه النظرية ، بل على العكس من ذلك مازال القضاء يستند إليها في بعض الحالات، وبصفة خاصة تلك الحالات التي لا تحتاج إلى تحليل المراكز القانونية إلى مراحلها المختلفة .

المطلب الثاني

مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

مفهوم الأثر الفوري للقانون الجديد :

303 – سبق أن أوضحنا أن النظرية الحديثة التي قال بها العميد روبييه تقوم أساساً على جعل مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد الأصل والأساس في حل مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان ، وإن كانت ترد عليه بعض الاستثناءات .

ويعني الأثر الفوري للقانون الجديد وجوب تطبيقه على الوقائع اللاحقة على نفاذه ، فإذا كان القانون الجديد لا يطبق تطبيقاً رجعيا على الوقائع السابقة على العمل به ، فإنه يطبق تطبيقاً فورياً على الوقائع اللاحقة لنفاذه؛ منعاً لامتداد تطبيق القانون القديم بعد أن صدر القانون الجديد وأصبح نافذاً .

ويستند الأثر الفوري للقانون الجديد إلى سلطة المجتمع في التدخل لإعادة تنظيم أموره على الوجه الذي يحقق خيره وخير أفراده ، فإذا فعل ذلك ، فلا يمكن كمبدأ عام الادعاء أمامه بحق تكون وأُكتسِبَ قبل صدوره .

وتظهر أهمية الأثر الفوري للقانون الجديد بالنسبة للمراكز القانونية المستمرة التي تمر مراحلها المختلفة ، سواء فيما يتعلق بتكوينها، أو انقضائها ، أو ترتيب آثارها ، بكل من القانونين ، بعضها يخضع للقانون القديم، والبعض الآخر يخضع للقانون الجديد .

304 – ويقضي الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد بانطباقه على المراكز القانونية التي تنشأ وتتكون بعد نفاذه ، حتى ولو كان تكوينها قد بدأ في

ظل القانون القديم ، وانطباقه كذلك على الآثار الحالية والمستقبلية للمراكز القانونية التي تكونت بالفعل في ظل القانون القديم ، فسريان القانون الجديد عندئذ لا يكون تطبيقاً رجعياً، وإنما هو تطبيق فوري له .

وإعمالاً للأثر الفوري للقانون الجديد فإن القانون الذي يصدر معدلاً لمدة التقادم هو الذي يطبق بالنسبة لكل تقادم لم تكتمل مدته ، ولو كان قد بدأ في ظل القانون القديم [1] .

كما يطبق القانون الجديد الذي يتعلق بمضمون الحقوق العينية ، وبصفة خاصة حق الملكية ، بمجرد نفاذه ، ليحكم الحقوق القائمة بالفعل في ذلك الوقت.

استثناءات على مبدأ الأثر الفوري :

305 – الأثر الفوري للقانون الجديد ليس بمبدأ مطلق، وإنما هناك استثناء يرد عليه ويحد من عمومية تطبيقه ، هذا الاستثناء خاص بالمراكز التعاقدية التي أبرمت في ظل القانون القديم، واستمرت تنتج آثارها وقت صدور القانون الجديد ، إذ تظل هذه المراكز محكومة بالقانون الذي أبرمت في ظله ، ولا تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد، فلا يمكنه المساس بها بتعديلها، أو بالزيادة فيها، أو النقص منها[2] .

وهذا ما سنقوم بإيضاحه عند تعرضنا للأثر الممتد للقانون القديم .

---

(1) وإعمالاً للأثر الفوري فإن القانون الجديد هو الذي يطبق إذا قرر سريان التقادم على حق لم يكن يخضع له في ظل القانون القديم ، وفي هذه الحالة يبدأ سريان التقادم بمجرد العمل بالقانون الجديد وليس قبل ذلك . وإذا قرر القانون الجديد عدم خضوع حق ما للتقادم بعد أن كان يخضع له في ظل القانون القديم ، فإن القانون الجديد يطبق بمجرد صدوره ولا يعتد بالتقادم الذى تم في ظل القانون القديم ، مالم تكن قد اكتملت مدته قبل سريان القانون الجديد .

(2) ويبدو أن القضاء الفرنسي يقرر في بعض الحالات الاستثنائية استمرار تطبيق القانون القديم أعمالاً لفكرة الحق المكتسب ، بصفة خاصة في مجال الضمان الاجتماعي ، مستنداً في ذلك إلى إعتبارات إنسانية .

راجع جستنان وجوبو، فقرة رقم 371 .

بذلك يقتصر نطاق الأثر الفوري للقانون الجديد ، فيما يتعلق بالآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي تكونت في ظل قانون سابق ، على الآثار المترتبة على المراكز القانونية البحتة التي تسمى بالأنظمة القانونية دون المراكز التعاقدية البسيطة.

المطلب الثالث

مبدأ امتداد القانون القديم

المبدأ وتبريره :

306- يقصد بمبدأ امتداد القانون القديم استمرار تطبيقه ليحكم وقائع تحدث بعد العمل بالقانون الجديد ، فالأصل أن ينتهي العمل بالقانون القديم بمجرد صدور القانون الجديد، ولا يطبق على ما ينشأ في ظل هذا القانون من وقائع ، إلا إنه استثناء من ذلك قد يستمر القانون القديم ليطبق على وقائع تحدث في ظل القانون الجديد.

وامتداد القانون القديم يمثل استثناء من مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد يحد من عمومية تطبيقه، ويقتصر نطاقه على المراكز التعاقدية التي أبرمت في ظل القانون القديم، ولم تنقض في ظله، وإنما استمرت تنتج آثارها وقت صدور القانون الجديد، فتظل هذه المراكز محكومة بالقانون القديم الذي أبرمت في ظله، ولا تخضع للأثر الفوري للقانون الجديد[1] فلا يمكنه المساس بها بتعديلها، أو بالزيادة فيها أو النقص منها.

وعلى الرغم من أن امتداد القانون القديم ليحكم الآثار المستقبلة للمراكز التعاقدية يؤدي إلى تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم موضوعاً واحداً، ويحول بذلك دون توحيد حكم القانون ، فإنه يجد تسويغه في مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد الذي يقضي بوجوب احترام إرادة

(1) ويبدو أن القضاء الفرنسي ، كما لاحظ بعض الفقهاء ، يخلط في هذا المجال بين امتداد القانون القديم ، وعدم رجعية القانون الجديد: لذلك فهو يلجأ إلى فكرة الحق المكتسب ليحول دون تطبيق القانون الجديد .

راجع جستان وجوبو ، فقرة رقم 374 .

المتعاقدين وعدم المساس بما اتفقا عليه؛ بحيث يكون للعقد المبرم بينهما الأولوية والسيادة على القانون، وبعيداً عن تدخل المشرع[1] .

نطاق المبدأ :

307 – امتداد القانون واستمرار تنظيمه للمراكز التعاقدية التي نشأت في ظله ينطبق على الآثار المستقبلة لهذه المراكز العقدية ، وكذلك طرق انحلالها ، فقانون وقت إبرام العقد هو الذي ينظم آثاره ويحكم مصيره ، ولكن يشترط لتطبيق هذا الأثر المستمر للقانون القديم أن تكون المراكز العقدية قد تكونت فعلاً في ظل القانون القديم، وليست في دور التكوين .

على أن القانون القديم لا يكون له أثر مستمر بالنسبة لجميع المراكز العقدية أياً كانت طبيعتها ، وإنما يقتصر هذا الأثر على المراكز العقدية البسيطة التي يجيز القانون للأفراد تنويعها، بحيث لا يؤثر اختلاف وتعدد القواعد المنظمة لهذه المراكز في وحدة النظام القانوني في داخل الدولة ، وذلك كالعلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري ، أو بين المؤجر والمستأجر .

أما بالنسبة لما يترتب على العقود من مراكز قانونية بحتة، وهي التي تسمي بالأنظمة القانونية ، كنظام الزواج والملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنها ، فهي لا تقبل بطبيعتها التنوع، ولا تترك لإرادة الأفراد ، بل يتولى المشرع تنظيمها وتحديدها بالنسبة للجميع ، فدور الأفراد يقتصر بالنسبة لهذه الأنظمة القانونية البحتة على تقرير الارتباط بها بإنشائها ، ولكن لا يمتد إلى تنظيمها، فذلك يترك للمشرع ، فهذه المراكز تعتبر مراكز عقدية من حيث نشأتها ، ومراكز قانونية من حيث ترك تنظيمها للمشرع ، وبالتالي فإن القانون الجديد يسري على هذه المراكز القانونية البحتة بمجرد نفاذه إعمالاً لأثره المباشر .

---

(1) روبييه ، القانون الانتقالي ، رقم 79 .

وهكذا يضيق مجال الاستثناء الذي يرد على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد – أي الأثر المستمر للقانون القديم – ليقتصر على المراكز التعاقدية البسيطة غير المتعلقة بنظام قانوني بحت [1]، بل إن بعض الفقهاء ضيق من هذا الاستثناء أيضاً باشتراط ألا تكون قواعد القانون الجديد قواعد آمره متعلقة بالنظام العام، فإن كانت كذلك كانّ للقانون الجديد أثره الفوري حتى بالنسبة لتلك المراكز التعاقدية البسيطة غير المتعلقة بنظام قانوني بحت.

وقد انحاز القانون المدني الكويتي لهذا الرأي، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة على مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع من تاريخ العمل به، ما لم ينص على خلافه، جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة وقررت بقاء آثار التصرفات خاضعة للقانون الذي أبرمت تحت سلطانه، ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسري على ما ترتب منها بعد نفاذه [2].

---

(1) والمركز القانوني المتمثل في « نظام قانوني بحت » لا يستبعد بالضرورة وجود أية علاقة تعاقدية، بل يمكن ان يتحقق ذلك المركز غير التعاقدي عندما يتمتع المتعاقد بحق جديد يجد مصدره في إرادة المشرع، وليس من العقد ذاته.

راجع في هذا المعنى نقض مدني فرنسي – الدائرة المختلطة –13 مارس 1981، المجموعة المدنية، 1981، رقم 3 ص 2.

(2) يطبق القضاء الكويتي قواعد القانون الجديد الإجرائية بأثر فوري، يمتنع معها امتداد تطبيق القانون القديم حتى ولو تعلق الأمر بمراكز تعاقدية، وفي ذلك تقرر محكمة التمييز « الأصل أن القانون يسري بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضائها، وهو لا يسري على الماضي. ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي تم العقد في ظله باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوي الشان في ثبوتها أو في آثارها أو في انتهائها، ألا أن هذا مشروط الا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمره أو تعلق بقواعد إجرائية ..».

محكمة التمييز، جلسة 9/2/1983، طعن رقم 153/ 82 مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الأول، المجلد الثاني، يناير 1994 ص 438، وفي المعنى نفسه الطعن رقم 49 لسنة 1985، المرجع السابق ص 441 قاعدة رقم (10).

بذلك يكون المشرع الكويتي قد جعل امتداد القانون القديم ليحكم الآثار المستقبلة للمراكز التعاقدية التي أبرمت في ظله ، مبدأ عاماً لا يستثنى منه إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام [1]، كما يستثني القضاء الكويتي القوانين التي تقرر قواعد إجرائية من مبدأ امتداد القانون القديم، ويقرر تطبيقها بأثر فوري مباشر بمجرد نفاذ القانون الذي يقررها[2] .

نقـد :

308 – نشير أخيراً إلى أن التفرقة بين المراكز العقدية البسيطة والمراكز القانونية البحتة ، أو الأنظمة القانونية ، التي اتخذتها النظرية الحديثة معياراً لتحديد نطاق الأثر الفوري للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم تعرضت للنقد من جانب بعض الفقهاء الذين أخذوا عليها عدم وضوحها وعدم انضباطها فقد يرى البعض أن مركزاً عقدياً ما يكون بسيطاً ، بينما يرى بعض آخر أنه نظام قانوني بحت ، ولا شك أن ذلك يترك مجالاً لاختلاف الحلول وتناقضها .

غير أن ذلك النقد لا يقضي على النظرية الحديثة التي كان لها الفضل في تحديد المجال الحقيقي لعدم رجعية القوانين بالتمييز بينه وبين مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، هذا بالإضافة إلى أنها لم تقتصر في حلها لمسائل التنازع الزماني بين القوانين على هذين المبدأين : الأثر الفوري للقانون الجديد ، وعدم رجعيته ، وإنما أضافت إلى ذلك مبدأ امتداد القانون القديم ، وقد تضافرت هذه المبادئ الثلاثة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، مع الأخذ في الاعتبار المراحل المختلفة التي تمر بها

---

(1) أما خارج المراكز التعاقدية فلا يتقرر امتداد القانون القديم إلا على سبيل الاستثناء ، وبنص صريح ، كما يملك المشرع أن يخرج على مبدأ امتداد القانون القديم بالنسبة للمراكز العقدية ليخضعها لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد. . راجع روبيه ، ج (1) رقم 72 .

(2) راجع الهامش قبل السابق .

المراكز القانونية ، على الوجه السابق عرضه .

كما يجدر التنويه إلى أن القانون المدني الكويتي لم يشر إلى التفرقة بين المراكز القانونية البحتة والمراكز التعاقدية البسيطة ، واقتصر على فكرة النظام العام كما سبق أن بينا ، وإن كان هناك ترابط كبير بين فكرتي النظام العام والمراكز القانونية البحتة؛ إذ غالباً ما تنظم هذه المراكز بقواعد قانونية آمرة تتعلق بالنظام العام . كما يمكن الوصول إليها إعمالاً للمادة (2/3) مدني التي تقرر بقاء آثار التصرف خاضعة للقانون الذي أبرمت في ظله .

المطلب الرابع

الحلول العملية في مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان

تمهيد :

309 – بعد أن عرضنا المبادئ النظرية الثلاثة التي تنظم تنازع القوانين من حيث الزمان[1] نحاول فيما يأتي أن نوضح الحلول العملية التي يسفر عنها إعمال هذه المبادئ ، آخذين في الاعتبار ما قرره الفقه الحديث من ضرورة النظر إلى المراكز القانونية وفقاً لمراحلها المختلفة التي تمر بها حياتها القانونية ، وهي مراحل التكوين ، وترتيب الآثار ، والانقضاء ، كما يتعين التمييز في داخل كل مرحلة من هذه المراحل بحسب ما إذا كان تكوينها قد اكتمل في ظل قانون معين أو أنها في طور التكوين أو الانقضاء أو ترتيب الآثار .

في ضوء ما سبق نقوم فيما يأتي بتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان، وللإيضاح نعرض هذه الحلول وفقاً للمراحل الثلاث التي تمر بها الحياة القانونية للمركز القانوني موضوع البحث، فنبين القانون الواجب التطبيق على تكوين المراكز القانونية أولاً، ثم القانون الواجب التطبيق على انقضاء المراكز القانونية ثانياً، وننتهي ببيان القانون الواجب التطبيق على أثار المراكز القانونية[2].

---

(1) ويمكننا إيجاز هذه المبادئ في الصياغة العامة الآتية :
القانون االجديد يطبق بمجرد نفاذه بأثر فوري مباشر ، ولا يطبق بأثر رجعي ، واستثناء من ذلك قد يطبق القانون الجديد تطبيقاً رجعياً في حالة النص الصريح ، وفي حالة القانون الجزائي الأصلح للمتهم ، كما قد يمتد تطبيق القانون القديم ، على الرغم من نفاذ القانون الجديد ، إعمالا لإرادة المتعاقدين ، مالم يكن القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو يقرر قواعد إجرائية .

(2) يقصر الفقه المراحل التي تمر بها الحياة القانونية للوقائع والمراكز القانونية على المراحل الثلاث المذكورة بالمتن دون أن يعتد بمرحلتي لزوم المركز القانوني ونفاذه ، لذلك فنحن ندخل هاتين =

أولاً – القانون واجب التطبيق على تكوين المراكز القانونية :

310 – نميز هنا وفقاً لما إذا كان المركز القانوني قد اكتمل تكوينه بالفعل أو مازال في طور التكوين .

(أ) – المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها بالفعل :

311 – إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين فإن المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها وإنشاؤها في ظل قانون معين تظل محكومة بهذا القانون فيما يتعلق بهذا التكوين ، ولا يطبق عليها القانون الجديد ، فالقانون الذي تم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يحكم هذا التكوين؛ لذلك فإن القانون الجديد الذي يعدل في شروط وإجراءات تكوين المركز القانوني لا يطبق على المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها قبل العمل به ، وإلا كان في ذلك تطبيق رجعي له، وهذا لا يجوز [1] .

وعدم مساس القانون الجديد بتكوين وقيام المراكز القانونية التي اكتملت بصفة نهائية في ظل القانون القديم قاعدة عامة التطبيق تشمل الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتطبيقاً لذلك :

= المرحلتين ضمن المرحلة الثالثة، وهي مرحلة ترتيب المركز القانوني لآثاره ، فإذا أبرمت الوصية إبراما صحيحاً في ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد يغير في أحكامها قبل وفاة الموصي ، فإن هذا القانون يطبق على الوصية ، ليس لعدم اكتمال إبرامها كما يذهب الفقه ، وإنما لأنها لم تصبح في ظل القانون القديم لازمة نافذة ، فالقانون الجديد هو الذي يحكم نفاذ الوصية ولزومها، أي: يحكم آثارها بينما يحكم القانون القديم إبرامها .

(1) ولا يحول دون ذلك أن تقام دعوى قضائية في ظل القانون الجديد ، ما لم يكن تدخل القاضي عنصراً ضرورياً لتكوين المركز القانوني ، حيث نواجه عندئذ مركزاً قانونياً في طور التكوين، وليس مركزا قانونياً تم تكوينه بالفعل ، كذلك يختلف الحل إذا ما نص القانون الجديد صراحة على تطبيق احكامه على الدعاوى الجارية .

راجع : روبيه

Roubier (p):

L' effet des lois nouvelles sur les procés en cours, mélanges Maury, T2..p.513.

Rougou de Boudee(g):

La loi nouvelle et le litige, rev.trim.dr.civ.1968, p.479 et s.

- فإن القانون الذي يحدد شروط المسئولية ومدى التعويض هو القانون المعمول به وقت حدوث الضرر .
- والقانون الجديد الذي يأتي بقرينة يفترض بمقتضاها المسئولية المدنية في حالات معينة لا يطبق على الحالات التي وقعت قبل صدوره.
- والعقد الذي أبرم شفاهة في ظل قانون يجيز ذلك لا يتأثر بالقانون الجديد الذي يتطلب لانعقاده شكلية خاصة .
- والعقد الذى أُبرِم صحيحاً في ظل القانون القديم لا يتأثر بصدور قانون جديد يستحدث أسباباً جديدة للبطلان ، والعكس صحيح أيضا ، فالتصرف القانوني ، كالعقد ، الذي ينعقد باطلاً في ظل قانون معين ، لا يمكن تصحيحه بمقتضى قانون جديد يغير من أحكام القانون القديم[1] .

وهكذا يمكننا القول أن القانون الجديد المتعلق بتكوين وإنشاء المراكز القانونية لا يمكنه ، دون أن يكون رجعياً ، أن يمس ما تم إبرامه من عقود أو تصرفات قانونية في ظل القانون القديم ، ولا أن يقرر عدم قيام مسئولية قامت شروطها في ظل القانون القديم ، ولا أن يقرر عدم الاعتداد بتقادم اكتملت مدته وشروطه في ظل القانون القديم[2].

(ب) – المراكز القانونية جارية التكوين : المقصود بالمراكز القانونية جارية التكوين ، تلك المراكز التي تكون قد بدأت في التكوين في ظل القانون القديم، وصدر القانون الجديد قبل اكتمال تكوينها، كما هو الشأن بالنسبة للمراكز القانونية المستمرة كالتقادم ، والمراكز القانونية متتابعة

(١) مالم يكن المشرع قد قصد بالقانون الجديد تصحيح التصرفات الباطلة وقرر ذلك بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ..راجع جستان وجوبو ، القانون المدني ، مقدمة عامة ، الطبعة الثالثة 1990 ، فقرة رقم 365 .

(2) إعمالاً لنفس المبدأ يمكننا أن نقرر أيضاً أن إثبات التصرف القانوني يخضع للقواعد القانونية المعمول بها وقت إبرام التصرف ، ولا يملك القانون الجديد تغيير هذه القواعد .

أو متلاحقة التكوين، كما في الوعد بالبيع ، وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة[1] .

وإعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين فإن القانون الجديد الذي ينظم تكوين المراكز القانونية لا يطبق على ما تكون بالفعل من مراحل المركز القانوني في ظل القانون القديم ، وعلى العكس من ذلك فإن مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد يقضي بتطبيق هذا القانون الجديد على المراحل القانونية التي تتكون بعد العمل به[2] .

وتطبيقاً لذلك فإن القانون الجديد الذي يطيل مدة التقادم هو الذي يطبق على كل تقادم بدأ في ظل القانون القديم ولم يكتمل قبل صدور القانون الجديد، بينما لا يطبق هذا القانون على وقف التقادم أو انقطاعه الذي اكتمل إعمالاً لنصوص القانون القديم .

ثانياً – القانون واجب التطبيق على المراكز القانونية التي انقضت :

313– إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين فإن المراكز القانونية التي أنقضت بالفعل في ظل القانون القديم ، فإنها تبقى كذلك ولا يطبق عليها القانون الجديد الذي لا يمكنه المساس بها[3] .

وتطبيقاً لذلك فإن القانون الجديد الذي يعدل آثار التقادم لا يطبق على كل تقادم أكتملت مدته ورتب آثاره قبل العمل به[4] .

---

(1) يدرج بعض الفقهاء تحت المراكز القانونية متلاحقة أو متتابعة التكوين التصرفات القانونية التي يجب شهرها بالتسجيل أو القيد ، والوصايا التي تتوقف على وفاة الموصي ، ولكننا نعتقد ان الأمر بالنسبة لهذه المراكز القانونية يتعلق بنفاذها وترتيب آثارها ، وليس بإبرامها وانعقادها ، لذلك ينطبق عليها الحكم الخاص بآثار المراكز القانونية وليس إنشائها ، فيما يتعلق بالإجراءات اللاحقة على إبرامها وتكوينها .

(2) روبييه ، القانون الانتقالي ، ص 293 وبعدها ، ورقم 630 وبعدها .

(3) روبييه ، القانون الانتقالي ، ص 197 وبعدها .

(4) تطبيقاً لذلك أيضاً فإن الوفاء بالالتزام يحكمه القانون الذي تم الوفاء في ظله ، فهو الذي يحدد شكل الوفاء ، وأهلية الوفاء والاستيفاء ، وآثار الوفاء ، والامتناع عن الوفاء وما يترتب على ذلك من آثار،=

وعلى العكس مما سبق إذا انقضى المركز القانوني في ظل القانون الجديد فيكون هو واجب التطبيق، ولو كان المركز قد نشأ في ظل القانون القديم[1]، مع مراعاة الاستثناء الخاص بالمراكز العقدية البسيطة غير المتعلقة بالنظام العام.

ثالثاً – القانون واجب التطبيق على آثار المراكز القانونية :

314 – إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد فإن آثار المركز القانوني يحكمها القانون النافذ وقت ترتب هذه الآثار ؛ لذلك يتعين أن نميز في هذا الصدد بين الآثار التي ترتبت بالفعل على مركز قانوني اكتمل تكوينه، والآثار التي لم تترتب بعد، بمعنى آخر يجب التمييز بين الآثار الماضية التي ترتبت بالفعل من ناحية، والآثار الحاضرة والمستقبلة من ناحية أخرى.

(أ)– الآثار الماضية :

315 – بالنسبة للآثار الماضية التي ترتبت بالفعل على مركز قانوني اكتمل تكوينه فيحكمها القانون القديم الذي ترتبت هذه الآثار في ظله، ولا يمكن أن يطبق عليها القانون الجديد الذي يغير من هذه الآثار، وإلا كان في ذلك تطبيق رجعي له، فلا يجوز إلا في حدود الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية.

وبناء على ذلك إذا كانت كل آثار المركز القانوني قد تمت في ظل القانون القديم، فإن هذا القانون هو الذي يحكمها [2].

= ومحل الوفاء.

تطبيقا لذلك – أيضاً – فإن الطلاق الذي تم في ظل القانون القديم لا يطبق عليه القانون الجديد الذي يغير من أحكامه.

(1) فإذا صدر قانون جديد يستحدث طريقاً لانقضاء الحقوق العينية فإن هذا القانون هو الذي يطبق على الحقوق العينية القائمة ولو كانت قد نشأت في ظل القانون القديم.

(2) وفي ذلك تطبيق لمبدأ الأثر الفوري للقانون القائم من ناحية، وعدم رجعية للقانون الجديد من ناحية أخرى.

فالملكية التي انتقلت صحيحة في ظل قانون لا يشترط التسجيل لا تتأثر بالقانون الجديد الذي يتطلبه ، والقانون الذي يعدل في سعر الفائدة لا يمس ما تم سداده في ظل القانون القديم وفقاً للسعر الذي كان يقرره هذا القانون .

(أ) – الآثار الحاضرة والمستقبلة :

316 – إعمالاً للأثر الفوري للقانون الجديد فإن أحكامه هي التي تطبق على الآثار الحاضرة والمستقبلة للمركز القانوني ولو كان قد تكون بصفة نهائية في ظل القانون القديم ، وإذا كان هذا المركز قد رتب بعضاً من الآثار في ظل هذا القانون القديم قبل العمل بالقانون الجديد ، فتظل هذه الآثار خاضعة للقانون القديم ، بينما ينظم القانون الجديد ما يستحدث في ظله من آثار[1] .

بناء على ما سبق فإن القانون الجديد هو الذي يطبق على الآثار الآتية :

- الآثار المستقبلة لحقوق الدائنية كالفوائد التأخيرية القانونية التي تستحق بعد العمل بالقانون الجديد ، وكوسائل حماية حقوق الدائن التي يقررها القانون الجديد ، أما الآثار الفورية التي ينشئها حق الدائنيه كالحق في التنفيذ فتخضع للقانون الذي نشأ في ظله الحق .
- الآثار المستقبلة للحقوق العينية ، فإذا صدر قانون يعدل في آثار حق الملكية أو في مضمونه ، فهو الذي يطبق على المراكز القانونية القائمة وقت سريانه .
- الآثار المستقبلة للزواج والطلاق ، فالقانون الجديد الذي يعدل من أحكام الزواج أو الطلاق هو الذي يطبق بمجرد العمل به دون مساس بالآثار التي ترتبت قبل صدوره .

(1) ويراعي في هذا الصدد الاستثناء الذي يرد على الأثر الفوري للقانون الجديد حيث يستمر تطبيق القانون القديم على الآثار المستقبلة للمراكز التعاقدية البسيطة غير المتعلقة بالنظام العام .

الخلاصة في التنازع بين القانون الجديد والقانون القديم :

317 – من عرضنا السابق للمبادئ التي تنظم تنازع القوانين من حيث الزمان يتبين لنا أن تحديد ولاية أي من القانونين القديم والجديد يتوقف على المرحلة التي وصل إليها المركز القانوني المطلوب تحديد القانون واجب التطبيق عليه ، وذلك على الوجه الآتي :

أولاً – ولاية القانون القديم :

318 – تتمثل ولاية القانون القديم في الآتي :

(أ) – تنظيم كل ما يتعلق بالمراكز القانونية التي تكونت في ظله من حيث شروط وإجراءات تكوينها، كما ينظم إنقضاء هذه المراكز طالما وقع الانقضاء في أثناء سريانه، أي في أثناء سريان القانون القديم؛ لذلك فإن القانون القديم هو الذي يطبق على التقادم الذي أكتملت مدته قبل صدور القانون الجديد، وهو الذي يطبق على الوصية إذا توفي الموصي مصراً على وصيته قبل صدور القانون الجديد .

(ب) – تنظيم آثار المراكز القانونية التي تكونت بالفعل في ظله ، قبل صدور القانون الجديد، أما الآثار التي تترتب على هذه المراكز في ظل القانون الجديد فتخضع لهذا القانون[1] .

(ج) – تنظيم ما اكتمل في ظله من عناصر تكوين المراكز القانونية حتى ولو لم تكتمل باقي عناصرها في ظله[2] .

(د) – تنظيم الآثار المستقبلة التي تترتب في ظل القانون الجديد بالنسبة للمراكز التعاقدية البسيطة غير المتعلقة بالأنظمة

---

(1) ما لم تمثل المراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم مراكز عقدية بسيطة غير متعلقة بالنظام العام، حيث تستمر آثارها محكومة بالقانون الذى أبرمت في ظله ، وذلك على الوجه الذي سبق أن تعرضنا له.

(2) شريطة أن يكون للعناصر التي اكتملت في ظل القانون القديم قيمة قانونية خاصة أو ذاتية .

القانونية البحتة التي تكونت في ظله، أي في ظل القانون القديم .

ثانياً – ولاية القانون الجديد :

319 – يطبق القانون الجديد بمجرد نفاذه لينظم المسائل الآتية :

(أ) – المراكز القانونية التي يكتمل تكوينها في ظله ولو كان بدء تكوينها في ظل القانون القديم ، ويستثنى من ذلك العناصر المستقلة التي يكتمل تكوينها في ظل القانون القديم فتظل خاضعة لهذا القانون.

(ب) – مراحل المراكز القانونية التي يكتمل تكوينها في ظله ، ولكنه لا يطبق على المراحل الأخرى التي تكونت في ظل القانون القديم ، فتظل محكومة بهذا القانون .

(ج) – انقضاء المراكز القانونية القائمة في ظله ولو كان تكوينها قد اكتمل في ظل القانون القديم ، ويستثنى من ذلك المراكز التعاقدية البسيطة التي لا تمثل أنظمة قانونية بحتة منظمة بقواعد آمره تتعلق بالنظام العام .

(د) – الآثار الحاضرة والمستقبلة للمراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم ، ويستثنى من ذلك آثار المراكز التعاقدية البسيطة التي لا تمثل أنظمة قانونية بحتة منظمة بقواعد آمره تتعلق بالنظام العام [1] .

---

(1) وتطبيقاً لذلك فقد قررت محكمة التمييز الكويتية ، في تحديدها للأثر الفوري للقانون الجديد ، أن المراكز القانونية الاتفاقية تخضع للقانون الذي تم العقد في ظله ما لم يخضعها القانون الجديد لقواعده الآمره أو كان متعلقاً بقواعد إجرائية .محكمة التمييز حكم رقم 153/82 تجاري – جلسة 9/2/1983 ، مجلة القضاء والقانون ، ص 438 رقم 40

المطلب الخامس

الحلول التشريعية في مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان

القواعد الانتقالية والحلول الدائمة :

320- أمام دقة المشكلات التي تثيرها مسألة التنازع بين القوانين فكثيراً ما تتضمن التشريعات الجديدة بعض القواعد الانتقالية التي تبين نطاق تطبيق هذه التشريعات، وتنظم الانتقال من تطبيق التشريع القديم إلى تطبيق التشريع الجديد ، وتختلف هذه القواعد الانتقالية من حيث وسيلتها في الانتقال من تشريع إلى آخر بحسب مضمون القواعد التي تنظم مجال تطبيقها ، فقد تحدد القواعد الانتقالية الأشخاص الذين ينطبق عليهم التشيع القديم ، وقد تحدد فترة زمنية معينة يستمر تطبيق التشريع القديم خلالها وبانقضائها ينتهي العمل به، ويبدأ العمل بالتشريع الجديد ، وقد تقوم القواعد الانتقالية بوضع خطة تدريجية لتطبيق قواعد التشريع الجديد[1] .

وبالإضافة إلى القواعد التي أشرنا إليها ، فقد جرت العادة على أن تقوم التشريعات الوضعية ، بصفة خاصة المهم منها ، بتنظيم الحلول القانونية لبعض المسائل التي تتناول تنظيمها فتحدد النطاق الزماني لتطبيق التشريعات عليها، فتكون هذه الحلول واجبة التطبيق دون الحاجة إلى البحث في المبادئ النظرية والخلافات الفقهية .

ونعرض فيما يأتي بشيء من الإيجاز الحلول التي وضعها المشرع الكويتي لحل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة للقانون المدني ،

---

(1) وعادة ما تطبق هذه الطريقة الأخيرة في حالة تعديل مناهج التعليم، حيث يجيز القانون للطلبة الذين بدأوا دراستهم في ظل النظام القديم أن تستمر دراستهم وفقاً له .
راجع عبد الحي حجاري ، ص 603 هامش رقم (1).

ثم قانون المرافعات المدنية والتجارية، ثم قانون الجزاء .

أولاً- القانون المدني :

321- بعد أن قرر المشرع الكويتي في المادة الثالثة فقرة أولى من القانون المدني المبدأ العام الذي يطبق على حالات تنازع القوانين من حيث الزمان ، وهو مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، نظم في المواد: الرابعة والخامسة والسادسة النطاق الزماني لتطبيق النصوص المتعلقة بالأهلية ، والتقادم، وأدلة الإثبات وحجيتها، وذلك على الوجه الآتي :

(أ) - النصوص المتعلقة بالأهلية :

322 - أوضحت المادة الرابعة من القانون المدني الحل الواجب التطبيق بالنسبة للنصوص المتعلقة ، بالأهلية [1] بنصها على أن :

«1- النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تتناولهم أحكامها .

2- وإذا كان من مقتضى قانون جديد أن يغير أهلية الشخص ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة على نفاذه» .

ويتضح من النص أن المشرع وضع حل التنازع سواء بالنسبة لأهلية الشخص أو بالنسبة للتصرفات التي يجريها ، ولما كان القانون الجديد قد يرفع سن الرشد ، وقد ينقصها ، فنتعرض لكلا الفرضين رفع سن الرشد وإنقاصه، موضحين أثر ذلك على أهلية الشخص، وعلى التصرفات التي يكون قد أجراها في ظل القانون القديم.

---

(1) والمقصود بالأهلية هنا هو أهلية الأداء ، أي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولنفسه ، وهي تكتمل ببلوغ سن الرشد الذي حددته المادة (2/96) من القانون المدني بواحد وعشرين سنة ميلادية كاملة ، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية التي حددتها المواد من (98) إلى (109) من القانون المدني وهي : الجنون ، العته ، السفه ، الغفلة.

رفع سن الرشد :

323 – إذا رفع القانون الجديد سن الرشد ، كما حدث في الكويت، حيث رفع القانون المدني الحالي سن الرشد من ثماني عشرة كما كان يحددها قانون التجارة الملغي إلى الحادية والعشرين ، فإن القانون الجديد يطبق فور نفاذه إعمالاً لاثره الفوري ، ومقتضى ذلك أن كل من لم يبلغ الحادية والعشرين يكون قاصراً حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد وفقاً للقانون القديم ، وهي الثامنة عشرة ، فيعود هذا الشخص قاصراً بمجرد نفاذ القانون الجديد .

324 – ويترتب على عودة من بلغ الثامنة عشرة ولم يبلغ الحادية والعشرين قاصراً ، إعمالاً لنصوص القانون الجديد التي ترفع سن الرشد ، أن تصبح تصرفاته التي يجريها في ظل القانون الجديد باطلة، أو قابلة للإبطال إلى أن يبلغ سن الرشد وفقاً للقانون الجديد .

ولكن إذا كان من بلغ الثامنة عشرة ولم يبلغ الحادية والعشرين يعود قاصراً أعمالاً للأثر الفوري لنصوص القانون الجديد فإن هذه النصوص لا تطبق بأثر رجعي ، ومن ثم فلا تمس التصرفات التي أجريت صحيحة قبل نفاذها، وإنما تبقي كما هي ، وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة الرابعة ، وتطبيقا لذلك فإذا كان من بلغ سن الرشد ، أي الثامنة عشرة ، وفقاً للقانون القديم قد أجرى تصرفات صحيحة في ظل ذلك القانون ، فإنها تظل كذلك على الرغم من عودته قاصراً بمجرد نفاذ القانون الجديد .

إنقاص سن الرشد :

325 – إذا أنقص القانون الجديد سن الرشد ، كأن جعله ثماني عشرة بدلاً من إحدى وعشرين ، فإن كل من بلغ الثامنة عشرة يصبح رشيداً كامل

الأهلية إعمالاً للأثر الفوري للقانون الجديد بعد أن كان قاصراً في ظل القانون القديم .

326 – ويترتب على جعل القانون الجديد سن الرشد ثمانية عشرة أن يصبح من بلغ هذه السن رشيداً متمتعاً بالأهلية لإجراء التصرفات القانونية ، غير أن ذلك يطبق فقط بالنسبة لتصرفاته اللاحقة على نفاذ القانون الجديد إعمالاً لأثره الفوري، أما التصرفات التي أجراها في ظل القانون القديم ، وهو ناقص الأهلية ، فتظل كما هي باطلة أو قابلة للإبطال . فالقانون الجديد لا يطبق بأثر رجعي، ولا يغير في أهلية الأشخاص إلا بالنسبة للمستقبل بدءاً من تاريخ نفاذه .

(ب) – النصوص المتعلقة بالتقادم :

327 – نظمت المادة الخامسة من القانون المدني الحل الواجب الإتباع بالنسبة للنصوص المنظمة للتقادم بنصها على أنه :

1 – « إذا أطال القانون الجديد مدة التقادم سرت المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل ، مع الاعتداد بما انقضى من مدته .

2– وإذا قصر القانون الجديد مدة التقادم سرت المدة الجديدة من وقت العمل به، ما لم يكن الباقي من مدة التقادم وفق القانون القديم أقل ، فيتم التقادم بانقضائها [1]».

ومن النص يتضح أن المشرع قد أخذ ، فيما يتعلق بتنازع النصوص المنظمة للتقادم، بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد دون رجعيته ، واستثناء من ذلك أخذ بمبدأ امتداد القانون القديم بعد إلغائه في حالة معينة تقتضيها العدالة .

---

(1) ويتعلق الحل الذي قررته المادة الخامسة من القانون المدني بحالات التقادم التي تبدأ في ظل القانون القديم، ولا تكتمل مدتها قبل نفاذ القانون الجديد ، ولكنها لا تطبق على التقادم الذي يبدأ وينتهي في ظل القانون القديم حيث يخضع بالكامل لولاية هذا القانون ، كما لا تطبق على التقادم الذي يبدأ في ظل القانون الجديد ، . والذي يخضع لأحكام هذا القانون الأخير .

ولتوضيح الحلول التي قررتها المادة الخامسة نميز بين حالة إطالة القانون الجديد لمدة التقادم التي كان يقررها القانون القديم ، وحالة تقصيره هذه المدة .

إطالة مدة التقادم :

328 – إذا اطال القانون الجديد مدة التقادم التي كان يقررها القانون القديم ، فإن المدة الجديدة هي التي تطبق على كل تقادم لم يكتمل وفقاً للمدة التي كان يحددها القانون القديم قبل نفاذ القانون الجديد ، ومفاد ذلك أن يستمر التقادم إلى أن تكتمل المدة وفقاً لتحديدها الجديد مع حساب المدة التي تمت في ظل القانون القديم.

فإذا كانت مدة التقادم في القانون القديم خمس عشرة سنة ، فأطالها القانون الجديد إلى عشرين سنة ، فإن كل تقادم بدأ في ظل القانون القديم ولم يكتمل ، أي لم تمض عليه مدة خمس عشرة سنة ، تطبق عليه المدة الجديدة ، فإذا كانت المدة التي انقضت قبل نفاذ القانون الجديد أربع عشرة سنة ، فلا يكتمل بمضي السنة الخامسة عشرة ، وإنما يجب أن تكتمل مدة العشرين سنة ، إعمالاً للقانون الجديد ، أي يجب أن تمضي ست سنوات أخرى [1].

تقصير مدة التقادم :

329 – إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم التي كان ينص عليها القانون القديم، فإن المدة الجديدة هي التي تطبق ، وتطبق بكاملها منذ نفاذه ، دون اعتداد بالمدة التي انقضت في ظل القانون القديم ، فيبدأ حساب المدة الجديدة بأكملها بمجرد نفاذ القانون الجديد .

(1) لم ينظم المشرع الكويتي حالة تأخير القانون الجديد لبدء التقادم ، غير أن الفقه المقارن يعامل هذه الحالة معاملة القانون الذي يطيل التقادم ، فيبدأ حساب التقادم عندئذ من مدة الابتداء الجديدة .
روبييه ، القانون الانتقالي ، ص 299 ، عبد الحي حجازي ، ص 620 .

فإذا جعل التشريع الجديد مدة التقادم عشر سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة ، وكان قد انقضى منها ثلاث سنوات قبل صدور القانون الجديد ونفاذه ، فإن هذه السنوات الثلاث لا تحسب، ولا يعتد بها ويتعين انقضاء عشر سنوات من تاريخ نفاذ القانون الجديد[1] .

وقد عمد المشرع إلى عدم احتساب المدة التي انقضت في ظل التشريع القديم ، حتى لا يفاجأ من يسري التقادم في مواجهته باكتمال مدته دون أن يتمكن من المحافظة على حقه .

غير أنه إذا كانت المدة المتبقية لإتمام التقادم وفقاً للقانون القديم أقل من المدة التي قررها التشريع الجديد فلا تسري المدة الجديدة ، وإنما يعتد بالمدة التي حددها التشريع القديم وما انقضى منها ، فيتم التقادم بانقضاء المتبقي منها .

فإذا كان قد انقضى في ظل التشريع القديم ثلاث عشرة سنة ولم يتبقَّ سوى سنتين ، ففي هذه الحالة لا تطبق المدة الجديدة ، وإنما يظل معمولاً بالمدة القديمة ، فيكتمل التقادم بانقضاء مدة السنتين المتبقيتين .

وواضح أن الحكمة من امتداد تطبيق القانون القديم في هذه الحالة هو تحقيق العدالة؛ إذ يترتب على عدم تطبيق هذا القانون إطالة مدة التقادم عن المدة التي يقررها أي من القانونين ، وهذا ما لم يرده المشرع الذي عمد إلى تقصير هذه المدة أصلاً .

خلاصة ما تقدم – إذن – فيما يتعلق بتقصير التشريع لمدة التقادم ، أن المدة الجديدة هي التي تطبق ، دون اعتداد بما انقضى في ظل القانون القديم – طالما كانت المدة المتبقية وفقاً للتشريع القديم أطول من المدة

---

(1) ولن يتضرر من يسري التقادم لصالحه في هذه الحالة فقد كانت المدة المتبقية له وفقاً للقانون القديم أثنتي عشرة سنة وأصبحت وفقاً للقانون الجديد عشر سنوات فقط ، وبذلك فهو يستفيد من تطبيق القانون الجديد على الرغم من عدم احتساب التقادم الذي مضى في ظل القانون القديم .

الجديدة ، أما إذا كانت هذه المدة المتبقية أقل ، فإن المدة القديمة هي التي تطبق [1] .

(ج)- النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات :

330 – المقصود بأدلة الإثبات الوسائل المختلفة التي يمكن اللجوء إليها لإثبات الحق[2] ، مثل الكتابة ، والبينة ، أي شهادة الشهود ، والإقرار ، واليمين، والقرائن .

ولبيان مدى تطبيق التشريع الجديد على أدلة الإثبات نميز بين النصوص المتعلقة بحجية هذه الأدلة ، وتلك المتعلقة بإجراءات الإثبات .

ففيما يتعلق بحجية أدلة الإثبات ومدى قبولها ، فإنه يسري في شأنها ، وفقاً للمادة السادسة من القانون المدني ، احكام القانون القائم وقت حصول الوقائع أو التصرفات المراد إثباتها . فإذا كانت الواقعة أو التصرف يمكن إثباته بشهادة الشهود وفقاً لنصوص التشريع المعمول به وقت نشوء هذه الواقعة أو ذلك التصرف ، فإن الأمر يظل كذلك، حتى ولو كان التشريع الجديد المطبق وقت النزاع لا يكتفي بالشهادة، ويتطلب الكتابة ، باعتبار أن التشريع القديم هو الذي كان نافذاً وقت حدوث الواقعة أو التصرف المراد إثباته[3] .

---

(1) يعامل الفقه القانون الذي يقدم وقت بداية احتساب التقادم معاملة القانون الذي يقصر مدة التقادم طالما كان من شأن التقديم تقصير مدة التقادم ، لذلك يبدأ حساب التقادم في هذه الحالة من اليوم الذي يبدأ فيه العمل بالقانون الجديد . راجع روبييه ، ص 299 .

(2) والمقصود بإثبات الحق إثبات مصدره المنشئ له من وقائع أو تصرفات ترتب آثاراً قانونية .

(3) وفي ذلك المعني تقرر محكمة التمييز : « من المقرر أن إثبات التصرفات القانونية المدنية يخضع في الأصل لقواعد الإثبات وفقاً للقانون الذي كان سارياً وقت نشوء الواقعة محل الإثبات أو إبرام التصرف المراد إثباته ، وإذا كانت الواقعة محل الإثبات في الدعوى المطروحة هي أن مورث الطاعنين باع في سنة 1952 العقار موضوع النزاع إلى مورث المطعون ضدهم ، قبل العمل بقانون المرافعات المدنية والتجارية في أول نوفمبر 1960 ، فإن إثبات ذلك التصرف بالبيع يخضع لنصوص مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون الذي تم التصرف المذكور في ظله » . محكمة التمييز طعن رقم 13 لسنة 1980 تجاري جلسة 16/6/1980 ، مجلة القضاء والقانون ، ص 443 قاعدة رقم (13) .

أما فيما يتعلق بإجراءات الإثبات فنظراً لتعلقها بالنظام العام فإن التشريع الجديد الذي ينظمها يسري ويطبق عليها فور نفاذه والعمل به.

ثانياً – قانون المرافعات المدنية والتجارية :

331 – قنن قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980 القواعد الواجبة التطبيق بصدد تنازع قوانين المرافعات من حيث الزمان فنصت المادة الأولى منه على سريان القانون الجديد بأثر فوري بقولها : « تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل به» .

وإعمالاً للأثر الفوري للقانون الجديد إذا كانت الدعوى منظورة أمام محكمة مختصة وفقاً للقانون المعمول به وقت إقامتها ، ثم صدر قانون جديد وجعل الدعوى من اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التي تنظرها ، كانت المحكمة الجديدة هي المختصة بنظر الدعوى فتحال إليها .

وإذا غير القانون الجديد في إجراءات إقامة الدعوى أو إجراءات نظرها ، فإن هذا القانون هو الذي يطبق بالنسبة لما لم يتم من إجراءات .

غير أن المادة الأولى من قانون المرافعات استثنت من الأثر الفوري للقانون الجديد ثلاث حالات يظل فيها القانون القديم مطبقاً، هذه الحالات هي :

(أ) – النصوص المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى[1].

---

(1) فإذا أقيمت الدعوى أمام المحكمة المختصة وبدأت في نظرها بالفعل إلى أن أقفلت باب المرافعة فيها تمهيداً لإصدار الحكم ، ثم صدر قانون جديد يجعل المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى ، فلا يؤثر هذا القانون في الدعوى الماثلة بل تستمر المحكمة مختصة، وتصدر حكمها استثناء من الأثر الفوري للقانون الجديد . فلا يوجد بعد انتهاء المحكمة من نظر الدعوى وإقفال باب المرافعة ما يوجب إعادة النظر فيها أمام محكمة أخرى . وعلى العكس مما سبق إذا صدر القانون الجديد وأصبح سارياً أثناء نظر الدعوى وقبل قفل باب المرافعة فيها ، فإنه يكون واجب التطبيق على الدعوى الراهنة . وقد طبق =

(ب) – النصوص المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها [1] .

(ج) – النصوص المنظمة لطرق الطعن بالنسبة إلى ما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه النصوص ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق[2] .

ثم قررت نفس المادة مبدأ عدم رجعية قوانين المرافعات ، أي

= القضاء الكويتي ذلك الحل على القضايا التي كان ينظرها القضاء العادي، ولم يكن قد أقفل فيها باب المرافعة قبل صدور القانون رقم (61) لسنة 1982 بشأن تعديل القانون رقم(20) لسنة 1981 بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية ، فقد قرر القضاء سريان هذا القانون على الدعاوى التي لم يقفل باب المرافعة فيها قبل نفاذه ، أي قبل 20/6/198,

انظر : محكمة التمييز ، طعن رقم 58 لسنة 1984 جلسة 20/11/1984 ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز « خلال الفترة من 1/10/1979 حتى 31/12/1985 » القسم الأول ، المجلد الثاني يناير 1994 ، ص 439 قاعدة رقم (6).

(1) وعلى ذلك فإذا غير القانون الجديد ميعاد الطعن في الحكم الذي كان يقرره القانون القديم ، فلا يطبق الميعاد الجديد طالما كان الميعاد القديم قد بدأ قبل صدور القانون الجديد.

(2) تطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز أن القرارات الإدارية النهائية التي صدرت قبل العمل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 – المعمول به اعتباراً من 19/6/1983 المعدل بالمرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 بشأن إنشاء المحكمة الإدارية – لا تقبل الطعن بإلغائها لأنها صدرت حصينة من الطعن بالإلغاء في ظل قانون كان يمنع الطعن بإلغائها أو وقف تنفيذها ، وهو قانون تنظيم القضاء رقم 19 لسنة 1959 :

راجع تمييز رقم 205 لسنة 1984 تجاري ، جلسة 5/6/1985 ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز ، القسم الأول ، المجلد الثاني ، 1994 ص 441 قاعدة رقم 9 .

وانظر في نفس المعني الطعن رقم 33 لسنة 79 تجاري جلسة 12/3/1980، المرجع السابق ص 441 قاعدة رقم (12) الذي قرر أن القانون المنشئ لطريق من طرق الطعن أو الملغي لطريق منها لا يسري إلا على الأحكام التي تصدر بعد العمل به ، انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الصادر في جلسة 19/12/1979 ، طعن رقم 79 لسنة 78 إيجارات الذي قرر أن القانون المنشئ لطريق من طرق الطعن أو الملغي لطريق منها لا يسري إلاعلى الأحكام التي تصدر بعد العمل به . المرجع السابق ص 441 قاعدة رقم 11 .

انظر كذلك حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم 33 لسنة 1979 تجاري في جلسة 12/3/1980 الذي قرر أن : « قوانين المرافعات لا تسري على ما تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها وليس من شأن صدور القانون الجديد أن يصحح الإجراء الذي وقع باطلاً طالما أن الميعاد المقرر في القانون لاتخاذ الإجراء قد أنقضى».

المرجع السابق ص 442 قاعدة رقم 12 .

عدم تطبيقها على الماضي ، بنصها على أن : «كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غير ذلك .

ولا يجري ما يستحدث من مواعيد المرافعات إلا من تاريخ العمل بالنص الذي استحدثها».

ثالثاً – قوانين الجزاء :

332 – وفقاً لنص المادة (179) من الدستور الكويتي ، « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ويجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك» . فالنص يقرر مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية ، ويوضح جلياً أن هذا المبدأ يتقيد به كل من المشرع والقاضي على حد سواء .

وقد رددت المادة (14) من قانون الجزاء الكويتي نفس المبدأ بالنص على عدم رجعية القوانين الجزائية . ثم أردفت المادة (15 / 1) من نفس القانون قائلة : « إذا صدر بعد ارتكاب الفعل وقبل أن يحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم وجب تطبيق ذلك القانون دون غيره»، وجاء في الفقرة الثانية « ومع ذلك إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن» ، ثم جاءت المادة (16) قائلة : « استثناء من أحكام المادة السابقة ،إذا كان القانون الذي يقرر العقوبة قانوناً مؤقتاً بمدة معينة أو قانوناً دعت إلى إصداره ظروف طارئة وجب تطبيقه على كل فعل ارتكب في أثناء مدة سريانه ولو انتهت مدته أو أُلغي لزوال الظروف الطارئة ، وكان ذلك قبل صدور الحكم النهائي في خصوص هذا الفعل».

وهكذا يتضح لنا أنه إذا كانت القاعدة العامة هي عدم رجعية القوانين الجزائية ، فإنه استثناء من هذه القاعدة يكون للقوانين الجزائية الأصلح

للمتهم أثر رجعي، وتطبق على الأفعال التي ارتكبت قبل صدورها، ويستفيد منها المتهم على النحو الذي فصلته المادة الخامسة عشرة ، ومنها يتضح أن مدى استفادة المتهم من القوانين الأصلح له يتوقف على وقت صدور هذه القوانين بالنسبة لإجراءات محاكمته من ناحية ، وعلى نوعية القوانين التي يحاكم على أساسها من ناحية أخرى ، فقد فرق المشرع بين ما إذا كان القانون الأصلح قد صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم نهائياً، أو كان قد صدر بعد صدور الحكم النهائي ، وذلك بالنسبة للقوانين العادية، أما إذا كان القانون القديم الأشد – الذي تمت مخالفته – مؤقتاً أو طارئاً فله حكم خاص ، فلا يستفيد المتهم من انتهاء تطبيقه بعد ارتكابه الفعل المحظور ، ونوضح فيما يأتي ما أوجزناه، فنعرض أولاً التنازع بين القوانين الجزائية العادية ، ثم نعرض التنازع بين قانون مؤقت وقانون عادي ، وأخيراً نشير في إيجاز إلى حكم تنازع نصوص قانون الإجراءات الجزائية .

أولاً – التنازع بين القوانين الجزائية العادية :

333 – نميز بالنسبة للتنازع بين القوانين الجزائية العادية بين فرضين : الفرض الأول ، صدور القانون الجزائي الأصلح قبل الحكم النهائي على المتهم ، والفرض الثاني ، صدور القانون الجزائي الأصلح بعد الحكم النهائي على المتهم .

(أ) – صدور القانون الأصلح قبل الحكم النهائي :

334 – إذا صدر القانون الجزائي الأصلح للمتهم [1] بعد وقوع الفعل الذي

(1) ويكون القانون الجزائي أصلح للمتهم في الحالات الآتية :
– إذا أباح الفعل الذي كان مجرماً قبل صدوره ، أي جعله فعلاً غير معاقب عليه .
– إذا خفف من العقوبة التي كان يقررها القانون القديم .
– إذا كان يقرر سبباً للإعفاء من المسئولية الجزائية ، أو مانعاً من توقيع العقاب ، لم يكن يقرره القانون القديم .
ويلاحظ أن العبرة تكون بصدور القانون الجزائي الأصلح للمتهم وليس بنفاذه .

يحاكم من أجله ، ولكن قبل أن يصدر بشأنه حكم نهائي ، فإن هذا القانون الجديد هو الذي يطبق على المتهم دون غيره سواء أكان يقتصر على تخفيف العقوبة المقررة للفعل المرتكب، أو يلغي العقاب عليه نهائياً .

ويستفيد المتهم من القانون الأصلح إلى أن يصبح الحكم نهائياً ، وهو الذي يمتنع الطعن فيه بأي طريقة من الطرق المرسومة لذلك .

(ب) – صدور القانون الأصلح بعد الحكم النهائي :

335 – إذا صدر القانون الأصلح للمتهم بعد أن أصبح الحكم الصادر بشأنه حكماً نهائياً ، استنفد كل طرق الطعن فيه ، فلا يستفيد منه المتهم ولا يطبق عليه إلا إذا كان يلغي الجريمة التي عوقب من أجلها المتهم ويجعل الفعل المكون لها فعلاً مباحاً لا عقاب عليه ، ويترتب على صدور مثل هذا القانون إيقاف تنفيذ الحكم وإزالة جميع آثاره الجنائية .

أما إذا اقتصر القانون الجديد على مجرد تخفيف العقوبة فلا يستفيد منه المتهم، ولا يطبق عليه ، وبالتالي فلا تأثير له على الحكم النهائي السابق صدوره ، إذ إنه مع الحكم النهائي يستحيل إصدار حكم جديد بالتخفيف ، فباستنفاد كل درجات التقاضي لا يمكن إعادة نظر الدعوى مرة أخرى أمام القضاء .

ثانياً – التنازع بين قانون مؤقت أو طارئ وقانون عادي :

336 – استفادة المتهم من القوانين الأصلح له على الوجه السابق إيضاحه لاتمتد إلى القوانين التي تنهى عن ارتكاب فعل معين في فترة محددة ، وهي القوانين المؤقتة ، كتلك القوانين التي تصدر محددة لأسعار بعض السلع لفترة زمنية محددة ينتهي العمل بها بانتهائها ، ولا يمتد كذلك إلى القوانين التي تدعو إلى إصدارها ظروف طارئة وهي القوانين الاستثنائية . فانتهاء الفترة المحددة لسريان مثل هذه القوانين أو اعتبار

الفعل الذي كانت تجرمه فعلاً مباحاً أو تخفيف العقوبة المقررة عليه بقانون لاحق ، لا يحول دون استمرار معاقبة المتهم عن الجريمة التي ارتكبها بالاستمرار في إجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبة المحكوم بها[1].

ثالثاً – تنازع نصوص قوانين الإجراءات الجزائية :

337 – نشير أخيراً إلى أن نصوص قانون الإجراءات الجزائية تطبق بأثر فوري بمجرد صدور القانون الجديد ، ولكنها لا تطبق على الماضي ، وهذا ما قررته المادة (17) من قانون الجزاء بنصها على أن : « تسري القوانين الشكلية على كل إجراء يتخذ أثناء سريان هذه القوانين ولو كان يتعلق بجريمة ارتكبت قبل سريانها وكل إجراء تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غير ذلك».

(1) يلاحظ أن المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري تشترط لاستمرار تطبيق القانون المؤقت أو القانون الطارئ على الرغم من انتهاء فترة العمل به إقامة إجراءات الدعوى على المتهم أو صدور حكم بالإدانة فيها ، بحيث انه إذا لم تكن الدعوى العمومية قد أقيمت على المتهم وقت انتهاء العمل بهذه القوانين ، فإنه يستفيد من أحكام القانون الجديد الأصلح ، ولكن القانون الكويتي لم يشترط ذلك .

الفصل الخامس

تفسير القانون

الفصل الخامس
تفسيـر القـانـون

تمهيد – المقصود بتفسير القانون :

338 – بعد التأكد من صحة القانون وشرعيته ، وبعد تحديد نطاق سريانه من حيث المكان والزمان ، لا يبقى لتطبيقه على ما ينشأ في الواقع العملي من مراكز قانونية سوى استنباط الحكم القانوني الذي يقرره النص المطلوب تطبيقه ، وقد يكون ذلك الاستنباط ، بمعنى تحديد مضمون القاعدة القانونية ، غير سهل ، ويحتاج الأمر إلى التفسير ، ويحدث ذلك عندما يشوب نص القانون عيب من خطأ أو غموض أو إبهام . فالمقصود بتفسير القانون - إذن - استجلاء المضمون الحقيقي للقاعدة أو القواعد القانونية توطئة لتطبيقها على الحالات الخاصة المعروضة[1]. وتظهر أهمية التفسير وضرورته إذا ما علمنا أن القواعد القانونية تأتى في صياغة عامة مجردة متضمنة مبادئ كلية وهذا أمر الذي يستدعي بحث مدى ملاءمتها للتطبيق على الحالات الجزئية المختلفة التي تعرض في العمل، والتي يستحيل التنبؤ بها ومواجهتها مقدماً .

---

(1) أنظر فى تفسير القانون :

Geny (F) : Méthodes de L'interpretation et sources en droit privé positif . 2 . ed. 1932 .

Paclot (Y): Recherche sur L'interpretation juridique . Paris . 1988 . Senna Aboo (A.F.) : de L'interpretion de la loi pénale .

– محمد أديب صالح ، تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ، 1962 .

– محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهين المدنى والإسلامى، 1982، بدون ناشر .

– محمد صبري السعدي ، تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها فى الفقهين الوضعي والإسلامى) دار النهضة العربية . الطبعة الأولى ، 1979 .

– رفاعى سيد سعد ، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة) رسالة ، حقوق القاهرة ، 1990 .

– محمد بدر المنياوي ، علامات على طريق فهم النصوص التشريعية فى ضوء أصول الفقه مع التركيز على القانون الجنائي ، منشورات المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل .

وإذا كان التفسير بالمعنى الضيق يقف عند تحديد وجلاء مضمون القاعدة القانونية فإنه يمتد ليشمل إزالة ماقد يوجد من تناقض أو تعارض ولو كان ظاهرياً بين نصوص القانون ، بل إنه يمتد ليشمل سد ماقد يوجد بالقانون من ثغرات ناشئة عن صياغته الموجزة المقتضبة في العديد من الحالات .

لذلك فالتفسير بمعناه الواسع يشمل إيضاح القواعد القانونية الغامضة وإزالة تناقضها ، واستكمال صياغتها المقتضبة .

وإذا كان تفسير القانون يعرض بمناسبة تطبيقه ، فهو لا يقتصر على التشريع، وإنما يشمل أيضاً جميع مصادر القانون من قواعد عرفية ودينية وسائر مصادره الرسمية ، فكل قاعدة قانونية تكون محلاً للتطبيق يمكن أن تكون أيضاً ، ولو من الناحية النظرية ، محلاً للتفسير ، فقط مع اختلاف نطاق التفسير من مصدر لآخر .

أما من الوجهة العملية فإن التفسير لا يعرض عادة إلا بالنسبة للنصوص التشريعية[1]؛ لذلك تقتصر دراستنا على تفسير النصوص التشريعية دون غيرها من مصادر القانون .

وكما سبق أن ذكرنا لا يعرض تفسير القانون إلا في حالة تعذر استنباط حكمه – أي تعذر تحديد مضمون القاعدة القانونية – مباشرة، لوجود خطأ أو غموض بالنص أو تناقضه مع نصوص القانون الأخرى، وإن كان عملاً تختلط عملية استنباط الحكم القانوني من النص مع تفسيره، لعدم وجود حدود دقيقة فاصلة بينهما . ونقوم فيما يأتي بدراسة مشكلة تفسير القانون بالتعرض أولاً للأنواع المختلفة للتفسير، ثم لمذاهب ومناهج التفسير ، وأخيراً لوسائل وطرق التفسير وسنخصص لكل موضوع مبحثاً على حدة .

---

(1) فبالنسبة للقواعد العرفية فإن تفسيرها يختلط عادة بالتحقق من وجودها وتوافر أركانها ، فإذا ثبت وجود قاعدة ما فيثبت في الوقت نفسه مضمونها وفحواها . وأما تفسير القواعد الدينية فعادة يتولاه المتخصصون في هذا المجال ، وهم رجال الفقه الإسلامي ، بحيث تطبق القاعدة الدينية ، باعتبارها قاعدة قانونية ، وفقاً لتفسير الفقه الإسلامي لها.

المبحث الأول

أنـواع التفسيـر

تنوع التفسير بتنوع مصادره :

339 – يتنوع تفسير القانون بحسب مصدره أو الجهة التي تقوم به إلى تفسير تشريعي : عندما يصدر من المشرع نفسه الذي أصدر القانون المراد تفسيره، وتفسير فقهي : إذا قام به الفقهاء ، وتفسير قضائي: يعرض بصدد تطبيق القضاة للقانون محل التفسير ، والآتي كلمة عن كل نوع من أنواع التفسير [1].

أولاً – التفسير التشريعي :

340 – التفسير التشريعي [2] هو الذي يصدر من المشرع نفسه الذي أصدر التشريع محل التفسير . ويتميز التفسير التشريعي بأنه يكون ملحقاً ومتمماً للقانون المراد تفسيره وإيضاح حكمه؛ لذلك فهو يطبق ويسري على ما سبق صدوره من منازعات وقعت في ظل القانون الأول – الغامض – ومن هنا فالتفسير التشريعي لا يصدر بحسب الأصل إلا من الجهة التي أصدرت القانون السابق محل التفسير، وباتباع نفس الإجراءات التي اتبعت عند إصداره . فإذا كان القانون السابق تشريعاً

---

(1) يمكن بالنظر إلى طبيعة التفسير، والنتيجة التي يصل إليها ، التمييز بين ما يمكن تسميته بالتفسير الموسع والتفسير المضيق . فالأصل أن يكون تفسير النصوص التشريعية مقرراً ، أي كاشفاً عن حقيقة مضمون النص دون توسعة أو تضييق ، أما التفسير الموسع فهو الذي يوسع في نطاق تطبيق الحكم الذي يقرره النص ليشمل حالات أخرى غير منصوص عليها صراحة ، وأما التفسير المضيق فهو على العكس من التفسير الموسع يهدف إلى تضييق نطاق تطبيق الحكم الذي يقرره النص ، أو التضييق من آثاره . وتظهر التفرقة بين التفسير الموسع والتفسير المضيق، بوجه خاص ، في تفسير النصوص الجنائية الأسوأ للمتهم ، وفي تفسير النصوص الاستثنائية ، فيتعين معهما عدم التوسع في التفسير .

(2) انظر في التفسير التشريعي : عادل عازر ، التفسير التشريعي وأثره على الماضي ، المحاماة، س 57 ، العددان الخامس والسادس ، مايو 1977 ، ص 95 وبعدها .

عـادياً تعين صـدور القانون المفسـر من السلطة التشـريعية المختصـة وبالاداة التشريعية المحددة، ولا يمكن تفسـيره بمجرد لائحة أو قرار إداري .

أمـا إذا كـان القـانون الذي يحتـاج إلى تفسـير تشـريعاً فـرعيـاً ، أي لائحة، فيمكن تفسيرها بلائحة مثلها، أو بما هو أعلى منها ، أي بتشريع عادى ، ولكن لايمكن تفسيرها بقرار يصدر من سلطة أدنى من السلطة التي أصدرتها ، « فلا يجوز لسلطة أدنى أن تفسر لائحة أو قراراً صادراً من سلطة أعلى إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التي أصدرته ، فإن هي فعلت شيئاً من ذلك بغير تفويض كان عملها باطلاً لخروجه عن مدار اختصاصها» .

والتفسـير التشـريعي قليل الحدوث في الوقت الحالي بعد أن كان زائعاً في الماضي ، ويرجع ذلك إلى أن سن التشـريعات أصـبح لايتم إلا بعد دراسات متأنية متعمقة، إضافة إلى اكتساب الجهات التشـريعية خبرات تمكنها من التنبؤ مقدماً بالاحتمالات المختلفة لتطبيق القانون، وتعد لها العدة من الصياغة المحكمة الجامعة المانعة . غير أن ذلك لا يمنع من عدم وضوح قصد المشرع في بعض الحالات وبالتالي الاختلاف في تفسير وتطبيق القانون من القضاء ، وهنا يتدخل المشرع بقانون جديد يوضح المعنى الذي يقصده ، فيلتزم به القضـاء .

والتفسير التشريعي يكون ملزماً للمحاكم، فتتقيد به ولا تخرج عن أحكامه ، فكما ذكرنا آنفاً القانون التفسيري يعد جزءاً متمماً للقانون محل التفسير .

التفويض في التفسير :

341– غير أن ضـرورة صدور التفسـير التشـريعي من الجهـة التي أصدرت

التشـريع محل التفسـير ، أي من المشـرع نفسـه ، لا يحـول دون إمكان تفـويض المشـرع لجـهة معـينة ، إدارية أو قـضائيـة ، في القيـام بعملية التفسـير. وفي هـذه الحالة يكون للتفسـيرات التي تصدرها هذه الجهة قوة ملزمة، كالتـفسـير الصـادر من المشـرع نفسـه، وتصبـح جزءاً من القانون محل التفسير .

(أ) – **تفـويض المشـرع لجـهة إدارية** : كثيـراً مـا يلجـأ المشـرع إلى هذا التفويض في الحـالات التي تستدعي سـرعة إصـدار تشـريعات معينة لمواجهة بعض الأمور المستعجلة مع توقعه الحاجة إلى تفسـير بعض أحكام هذه التشـريعات فينزل عن تلك المهمة إلى الجهة الإدارية المختصة بتنفيذ القانون [1].

(ب) – **تفويض المشـرع لجهة قضـائية** : وقد يحدد المشرع جهة قضـائية معينة ويعهد إليـها بمهمة تفسير التشريعات كلها أو بعضـها ، من ذلك ما جاء بالمادة الأولى من القانون رقم (14) لسنة 1973 بشأن إنشـاء المحكمـة الدسـتـورية في الكويت ، التـي نصت على اخـتـصـاص هذه المحكمـة دون غـيـرها بتـفـسـيـر النصـوص الدستورية[2] ، في هذه الحالة يكون التفسير الصادر من المحكمة

---

(1) وقد لجأ المشـرع المصـري إلى تلك الطريقة بصدد قانون الإصلاح الزراعي الصادر في عام 1952 حيث فوض في مادته رقم (12) مكرراً مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي في تفسـير أحكامه ، واعتبرت قرارات الهيئة في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً بعد نشرها في الجريدة الرسمية. كذلك لجأ المشرع المصري إلى نفس الطريقة بصدد قانون إيجار المساكن الصادر في عام 1962 حيث فوض اللجنة العليا للإسكان تفسير أحكام القانون المذكور. ويجب عدم الخلط بين تفويض جهة إدارية في تفسير التشريع ، وحيث يكون تفسيرها ملزماً في هذه الحالة ، والتفسير الإداري للقانون الذي تقوم به جهات الإدارة المنوط بها تنفيذ قانون معين ، والمتمثل فيما تصدره جهة الإدارة لموظفيها من تعليمات وتوضيحات تتعلق ببيان ما يتضمنه القانون من قواعد وأحكام لتسهيل تنفيذها ، فهذه التعليمات والتوضيحات الإدارية تلزم موظفي جهة الإدارة فقط، ولا يتقيد بها المتعاملون معهم ما لم تكن مطابقة للقانون .

(2) ويقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على تفسير النصوص الدستورية ، أي نصوص الدستور دون غيره من نصوص القوانين العادية . ويتم ذلك بناء على طلب من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة، =

الدستورية كالتفسير التشريعي من حيث قوته الإلزامية، وتتقيد به سائر المحاكم على ما سنرى.

قوة إلزام التفسير التشريعي :

342 – التفسير التشريعي ، وأياً كانت الجهة التي أصدرته ، المشرع نفسه أو جهة مفوضة منه ، يكون ملزماً للمحاكم التي تتقيد به ولا يحق لها مخالفته ، من ناحية أخرى فإن التفسير التشريعي ينفذ وتتقيد المحاكم به من تاريخ نفاذ التشريع الأصلي محل التفسير ، وليس من تاريخ صدور التفسير[1].

بيد أنه يتعين لالتزام المحاكم بالتفسير التشريعي الصادر من

= على أن يبين بالطلب النص أو النصوص الدستورية المراد تفسيرها والمبررات التي تستدعى التفسير.

ونظراً لما تتميز به المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي من قوة ملزمة فإن المحكمة الدستورية تتقيد بما جاء بها عند تفسير نصوص الدستور .

ويلاحظ أن المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية قررت أن تفسير أي نص من نصوص الدستور بطلب من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة لا يقوم إلا إذا كان هذا النص مثار خلاف بين الحكومة والمجلس . غير أن المحكمة الدستورية لم تأخذ في قرارها التفسيري الذي أصدرته بجلستها المنعقدة في 29 يونيو 1985 بما جاء بالمذكرة التفسيرية ، وقررت أنه يكفي أن يدور حول نص دستوري أكثر من رأي على نحو يغم معه إعمال حكمه سواء فيما بين مجلس الأمة والحكومة أو في داخل أي منهما ليسوغ له الالتجاء إلى المحكمة الدستورية لتجلية الغموض الحاصل فى هذا المجال ، وليس بلازم أن يصل الأمر إلى حد الخلاف المحتدم أو المنازعة بالمعنى المعروف في قانون المرافعات . انظر في هذا التفسير مجلة القضاء والقانون ، س 11 العدد الثاني ، أكتوبر 1985 ، ص 9 .

وراجع : عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت دراسة تحليلية نقدية مقارنة ، إصدار مجلة الحقوق ، 1986 ص96 . وعلى خلاف الوضع في الكويت فإنه يتعين لاختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر بتفسير القوانين أن يكون هناك خلاف في تطبيقها من المحاكم ، راجع في هذا المعنى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في 30/1/1993 ، المحاماة ، أغسطس 1994 ، جـ2 ص 19 رقم (2) .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المحكمة الدستورية العليا في مصر يقتصر اختصاصها في تفسير القوانين على تلك القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية، وكذلك القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية، ولكنها لا تختص بتفسير نصوص الدستور .

(1) شريطة ألا يكون قد صدر حكم نهائي في الوقائع السابقة على صدوره .

جهة فوضها المشرع في ذلك أن تلتزم هذه الجهة حدود التفسير ولا تتعداه إلى سلطة التشريع ، وإلا كانت متجاوزة المهمة التي فوضت فيها وخارجة عن حدود اختصاصها مما يسلب عن قراراتها صفة الإلزام.

أما ما يصدر عن السلطة التشريعية الأصلية فهو يلزم المحاكم دائماً سواء كان تفسيراً أم تشريعاً مادامت مختصة بذلك ، وكل أهمية التفرقة تنحصر في بحث النطاق الزماني لتطبيق القواعد التشريعية الجديدة ، فكما مر بنا تطبق القواعد التفسيرية التي يصدرها المشرع من وقت صدور القانون السابق، وليس من وقت صدور القواعد التفسيرية ، بشرط أن تكون قواعد تفسيرية حقاً، وليست قواعد تشريعية جديدة.

ثانياً – التفسير القضائي :

343 – التفسير القضائي هو التفسير الذي يتولاه القضاة عند تصديهم لتطبيق القانون ، بمعنى جعل القواعد القانونية قابلة للتطبيق العملي . وبطبيعة الحال لا يصدر التفسير القضائي إلا من القضاة عند تطبيقهم للقانون بالمحاكم المختلفة . فإذا قام القاضي بتفسير القانون في مؤلف أو بحث علمي له ، فلا يعد تفسيره هذا قضائياً وإنما هو تفسير فقهي.

وتقتصر القوة الملزمة للتفسير القضائي[1] على الحالة الواقعية التي صدر بشأنها ، وبذلك فهو لا يلزم إلا طرفي النزاع الذي تم بصدده هذا التفسير تطبيقاً لحجية الأمر المقضي فيه ، ولكنه لا يلزم سائر المحاكم الأخرى ولو كانت أقل درجة ، بل إنه لا يلزم نفس المحكمة التي أصدرته في المنازعات الأخرى ، ويجوز لها أن تأخذ بوجهة نظر مخالفة فيما يعرض عليها من منازعات لاحقة.

---

(1) راجع في التفسير القضائي ، حلمي عبد السلام منصور: اختصاص القضاء بالتفسير ، المحاماة ، س 55، نوفمبر / ديسمبر 1975 ، ص 186 ، وجدي عبد الصمد : دور القاضي في خلق وتطبيق القانون ، المحاماة س 55 نوفمبر / ديسمبر 1975 ، ص 10، 4

ثالثاً – التفسير الفقهي :

344 – هو التفسير الذي يظهر من كتابات الفقهاء علماء القانون عند تصديهم لبحث وشرح النصوص القانونية .

والتفسير الفقهي ، حيث يتولاه الفقهاء ، لايعرض بمناسبة تطبيق القانون ، وإنما يتم – بحسب الأصل – عند تناول الفقهاء للقواعد القانونية بالشرح والتمحيص؛ لذلك فإن التفسير الفقهي يُعَدُّ غاية في حد ذاته بعكس التفسير التشريعي والتفسير القضائي اللذين يعدان وسيلة لتحقيق غاية أو هدف معين هو إمكان تطبيق القانون؛ ولذلك فإن التفسير الفقهي يتميز عن التفسير القضائي ، فالأول يتصدى له الفقيه في أي وقت ، بينما الثاني لا يكون إلا بمناسبة تطبيق القانون. لهذا يتصف التفسير الفقهي بأنه تفسير نظري مجرد يعتمد على التأصيل والتحليل بقصد إيضاح المبادىء والنظريات القانونية ، بينما التفسير القضائي تفسير عملي يعرض بصدد حالات واقعية معينة؛ ولذلك فقد يتأثر القاضي عند تفسيره لنصوص القانون بالظروف الواقعية التي تحيط بمنازعات الأفراد ، مدفوعاً باعتبارات العدالة ، وغيرها من الاعتبارات.

والتفسير الفقهي لا يتمتع بأية قوة ملزمة بالنسبة للقاضي ، وذلك على الوجه الذي سبق أن أوضحناه عند بحث مكانة الفقه ودوره باعتباره مصدراً استثنائياً للقواعد القانونية[1].

---

(1) وإن كان يلاحظ في هذا الصدد الدور المتميز للفقه الإسلامي باعتباره مصدراً لقواعد الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية ، ومصدراً لقواعد المعاملات المدنية في بعض منها ، لذلك نجد أن المشرع يلزم القاضي في بعض الأنظمة بمذهب معين عند تفسيره للنصوص التشريعية المستمدة من الفقه الإسلامي ، ومن أمثلة ذلك المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985 م التي ألزمت القاضي في حالة عدم وجود نص الحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبى حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة . =

المبحث الثاني

مدارس التفسير

تمهيـد في الاتجاهات العامة في التفسير :

345 – عند القيام بتفسير نص غامض من نصوص القانون يتعين أن يكون هناك موجه عام يلتزم به المفسر، وهدف واضح محدد ينبغي الوصول إليه ، وعلى هداه يتبدد الغموض ويزول الإبهام، ويتضح النص .

غير أن الكلمة لم تتفق حول ما يجب أن يهدف المفسر الوصول إليه ، ويرجع عدم اتفاق الفقهاء في هذا الصدد إلى اختلاف وجهات نظرهم وتعدد آرائهم حول أساس فكرة القانون وتأصيله. فمن رأى أن القانون يجد أساسه ومصدره في التشريع – باعتباره المصدر الوحيد له – ذهب إلى أن إرادة المشرع وقت وضع النص هي التي يتعين البحث عنها والوصول إليها ، وذلك من خلال نصوصه القائمة، أي بالالتزام بنصوص التشريع؛ لذلك فقد سمي أصحاب هذا الاتجاه بمدرسة التزام النص، أو مدرسة الشرح على المتون ، وتقوم هذه المدرسة على البحث عن إرادة المشرع المفترضة ، أي المفترض أن تكون عليه هذه الإرادة وقت وضع النص ، إذا تعذر الوصول إلى إرادته الحقيقية .

أما الذين يرون أن القانون ينشأ ويتطور عبر التاريخ تبعاً للظروف الاجتماعية القائمة – وهم أنصار المذهب التاريخي – فلديهم أن النص ينفصل بمجرد وضعه عن نية وإرادة واضعيه ويستقل بحياة ذاتية تتأثر بالظروف الاجتماعية السائدة التي تتطور وتتغير على مر الزمان ،

= كما أوجبت المادة (343) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على القاضي في حالة عدم وجود حكم بالقانون المذكور أن يرجع إلى مذهب الإمام مالك ، باعتباره المذهب الذي استقى منه المشرع أحكام قانون الأحوال الشخصية .

ومن ثَمّ فإن ما يتعين الوصول إليه عند تفسير النص الغامض هو إرادة المشرع ليس وقت وضع النص – كما تذهب مدرسة الشرح على المتون – وإنما وقت تفسيره ، وهى التي يطلق عليها إرادة المشرع الاحتمالية أو المحتملة، ويسمى هذا الاتجاه في التفسير بالمدرسة التاريخية أو الاجتماعية .

وبجانب الاتجاهين السابقين وجد اتجاه ثالث حاول التوفيق بينهما بالقول أنه في حالة تعذر الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع على المفسر استنباط الحكم عن طريق البحث العلمي الحر غير مقيد في ذلك بالبحث عن إرادة المشرع المفترضة ولا الاحتمالية. لذلك فقد سمي هذا الاتجاه في التفسير بمدرسة البحث العلمي الحر ، وهو ينسب أصلاً إلى الفقيه الفرنسي «جينى».

وقبل أن نتناول دراسة هذه المدارس المختلفة في التفسير نلفت النظر إلى أن الفقه الحديث يرى أن موضوع التفسير ، أو ما يجب البحث عنه والوصول إليه لتوضيح النص الغامض ، هو إرادة التشريع، وليس إرادة المشرع، كما كان يذهب الفقه التقليدي ، وذلك على أساس أنه لا وجود حقيقي لفكرة المشرع ولاالنية أو إرادة حقيقية له ، فالأمر لا يخلو عن مجرد افتراض قانوني وتصوير ذهني ، خاصة وأن عملية التشريع يشترك فيها العديد من الأشخاص ، وبالتالي تتعدد فيها الآراء والاتجاهات. من هنا يتعين التخلي عن البحث عن إرادة المشرع ونيته وقت وضع النص واللجوء إلى التفسير الموضوعي الذي يسبغ على النص أو التشريع إرادة خاصة مستقلة هي إرادة التشريع ، أو الإرادة التشريعية ، وهى التي يتعين الوصول إليها عن طريق تقريب النصوص بعضها ببعض، واستخلاص اتجاهها العام والغرض منها .

ننتقل بعد التمهيد السابق في الاتجاهات العامة في التفسير وتنوع

مذاهبه ومدارسه إلى عرض مذاهب التفسير التي سبقت الإشارة إليها :

أولاً – مدرسة التزام النص :

346 – يقصد بمدرسة التزام النص[1] ذلك الاتجاه في تفسير القانون الذي ظهر في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر غداة وضع تقنيناتها. فقد كان لهذه التقنينات ، وما ترتب عليها من انبهار بها وتقديس لها ، أثر واضح على اتجاه التفسير يتمثل في الالتزام الحرفي، والتقيد التام بما جاء بنصوصها ، ومن هنا أُطلق على أنصار هذا الاتجاه مدرسة الشرح على المتون .

منطوق المدرسة :

347 – تقوم فلسفة مدرسة التزام النص على أساس أن القانون لديها يتمثل في التشريع المصدر الأساسي له – ويعد لدى بعض أنصارها المصدر الرسمي الوحيد – فالقانون لديهم هو التشريع باعتباره يتضمن كل القواعد والحلول القانونية ، ولما كان التشريع ماهو إلا تعبير عن إرادة المشرع ، وجب أن يكون هدف التفسير هو الوصول إلى هذه الإرادة .

ويلتزم المفسر بالبحث عن إرادة المشرع وقت وضع النص، وليس وقت تطبيقه أو تفسيره ، بغض النظر عما قد يترتب على ذلك من عدم ملاءمة الحلول ومخالفتها للمنطق والمعقول ، أو حتى العدالة .

ويتعين الوصول إلى النية أو الإرادة الحقيقية للمشرع بالاستعانة بالطرق المختلفة التي تؤدى إلى ذلك ، كالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لسن القانون، ومذكرته التفسيرية ، وجميع الأعمال المعاصرة لوضعه، كذلك تقريب نصوص التشريع بعضها بالبعض الآخر ، والرجوع إلى

(1) من أنصار هذه المدرسة وتسمى"L'ecole del'exegese" الفقهاء: ديرانتون ، ديمولومب ، أوبرى ورو، ماركاديه ، بودرى لاكانترى ، لابيه ، بوفونوار ، بيدان.

المصادر التاريخية للنص والحكمة منه .

فإذا تعذر الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع ، تعين الكشف عن إرادته المفترضة بالاستعانة في ذلك بالقياس وطرق الاستنتاج المنطقي وغيرها من وسائل التفسير التي سنتعرض لها فيما بعد .

والمقصود بإرادة المشرع المفترضة ما كانت تتجه إليه إرادته عند وضع النص لو أنه واجه الفرض محل البحث .

وكانت طريقة مدرسة التزام النص في التفسير تتناول كل نص، وتقوم بشرحه وتفسيره على حدة ، ومن هنا جاءت تسمية مدرسة الشرح على المتون؛ لأن أنصارها كانوا يقومون بشرح النص أو المتن ثم، ينتقلون للآخر وهكذا .

تقييم المدرسة :

348 – ينسب إلى مدرسة الشرح على المتون أنها ترد المفسر إلى ضابط واحد هو النص التشريعي وتلزمه بالتقيد به ، ولاشك أن ذلك يعمل إلى حد كبير على وحدة الحلول والنتائج التي يصل إليها المفسرون ، وذلك أدعى إلى العدل والمساواة، كما أنه يؤدي إلى بث الثقة في النص التشريعي.

غير أن تقديس أنصار مدرسة الشرح على المتون للنص وتقيدهم به بحثاً عن إرادة المشرع ونيته مع التقيد بهذه النية المفترضة في بعض الحالات ، أياً كانت الحلول التي تؤدى إليها ، كان سبباً في توجيه النقد لهذه المدرسة وانصراف المفسرين عنها . وقد تمثلت أهم الانتقادات التي وجهت إلى مدرسة الشرح على المتون في الآتي :

(أ) – أدت مغالاة هذه المدرسة في التمسك بحرفية النص والاعتماد على طرق التفسير اللفظي واللغوي إلى الوصول إلى حلول منتقدة وغير عادلة في كثير من الحالات .

(ب) – أدى تمسك المدرسة بالوقوف على إرادة المشرع وقت وضع النص إلى الوصول إلى حلول نظرية، لا تتمشى مع واقع المجتمع وتطوراته العملية ، كما أدى ذلك إلى جمود القانون وتوقفه عن مسايرة الحياة وتقدمها .

(جـ) – في بحث المدرسة عن إرادة المشرع المفترضة – عند العجز عن الوقوف على إرادته الحقيقية – فهي لا تخلو من التحكم والافتراض ، فلا وجود في الواقع لهذه النية المفترضة، وإنما هي محض وهم وافتراض .

ثانياً – المدرسة التاريخية :

349 – أدت الانتقادات التي وجهت إلى مدرسة التزام النص ، وبصفة خاصة إصرارها على وصول المفسر إلى إرادة المشرع وقت وضع النص، وليس وقت تفسيره ، وما ترتب على ذلك من عدم مطابقة حلولها مع الواقع العملي ، أدى ذلك إلى ظهور اتجاه آخر في التفسير نادت به المدرسة التاريخية[1] يقوم على جعل هدف التفسير إجابة مطالب الحياة الاجتماعية وظروفها المتطورة ، مما يتعين معه الاعتداد بالظروف القائمة وقت التفسير ومواءمة النص ليتمشى معها، ويحقق متطلباتها .

وفى سبيل تحقيق المدرسة التاريخية في التفسير لهذا الهدف فهي لا تبحث عن إرادة المشرع من النص وقت وضعه ، كما ذهبت مدرسة الشرح على المتون ، بل إلى إرادته المحتملة لو أنه واجه تنظيم ما استجد من معاملات وفق ما يحيطها من ظروف وعوامل واقعية ظهرت وقت التفسير ، فالقانون لدى هذه المدرسة يتمتع بحياة خاصة ذاتية يستقل

(1) تنسب المدرسة التاريخية أو الاجتماعية إلى الفقيه الالمانى« سافينى» باعتباره رائدها الأول ، واعتنقها بعض الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه سالى ، كما يؤيدها من الفقه المصري : ثروت أنيس الاسيوطي، القانون ، رقم 190 ، ص 275 .

بها بمجرد وضعه وانفصاله عن إرادة واضعيه ، وبالتالي فهو يتطور ويتشكل ليتلاءم مع ما يستجد من ظروف .

فالمدرسة التاريخية في التفسير تهدف إلى جعل القانون ، في تفسيره وتطبيقه، متطوراً مع ظروف العصر وأفكاره مسايراً لمقتضياته محققاً لمصالحه المتغيرة ، وبالتالي يظل القانون صالحاً وقابلاً للتطبيق مهما طالت مدته، وأياً كان تغير الظروف اللاحقة لإصداره[1] .

تقيم المدرسة :

350 – تتميز المدرسة التاريخية بأنها تضفي على نصوص القانون قدراً من المرونة والقابلية للتطور بما يتمشى مع تطورات المستقبل وظروف الحياة . بيد أن المدرسة التاريخية تعرضت بدورها إلى بعض الانتقادات أهمها :

(أ) – أُخِذَ على مذهب المدرسة التاريخية في تفسير القانون أنه يبعد عمل المفسر عن التفسير ليقحمه في مجال خلق وإنشاء القانون ، فالبحث عما أسمته هذه المدرسة بالنية أو الإرادة الاحتمالية للمشرع ماهو في حقيقته إلا اجتهاد شخصي من المفسر، وبالتالي إنشاء لقواعد قانونية جديدة من غير جهة الاختصاص، وفي ذلك إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات، واعتداء على اختصاص السلطة التشريعية .

---

(1) انظر في الأخذ بمفهوم المدرسة التاريخية في التفسير الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية في 3 نوفمبر 1966 ، بصدد تفسير نص المادة الثانية من القانون المصري رقم (121) لسنة 1947 الذي يحظر التأجير من الباطن دون تصريح كتابي من المالك ، فقد قرر الحكم المذكور ضرورة تفسير القوانين بما يتفق مع القواعد الاشتراكية وأحكام الميثاق ، دون التقيد بعبارات تلك القوانين أو بالحكمة التى قامت عليها وقت صدورها ، وأنه يتعين تفسير القانون بحسب ظروف الزمان والمكان عند تطبيقه عن طريق تلمس الحكمة منه من واقع الظروف الاجتماعية والاقتصادية عند تطبيقه .

راجع في هذا الحكم : مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ع (4) ، 1967 ، ص 1137 رقم(80) ، وانظر : جلال محمد إبراهيم ، ص 338 وبعدها .

(ب) – أُخِذَ على هذا المذهب أيضاً أنه يؤدى إلى إضعاف الثقة بالقانون لدى الأفراد، وزعزعة ما يتصف به من تحديد وثبات واستقرار ، حيث يفتح المجال واسعاً أمام القضاء لتفسير النصوص وتعديلها وخلقها تحت ستار نية المشرع الاحتمالية، وعلى أساس مراعاة الظروف الاجتماعية السائدة وقت التفسير .

وقد أدى انتقاد المدرسة التاريخية ، ومن قبل مدرسة الشرح على المتون ، إلى ظهور المدرسة العلمية في التفسير .

ثالثاً – المدرسة العلميــة :

351 – مؤسس المدرسة العلمية في تفسير القانون أو مذهب البحث العلمي الحر – كما تسمى أيضاً – هو الفقيه الفرنسي «جينى»[1] . وقد أقام جينى مدرسته أو مذهبه في التفسير على أساس أن يأخذ من المدرستين السابقتين ماهو صحيح ويستبعد ماهو منتقد؛ لذلك فقد اتفق مع مدرسة الشرح على المتون على ضرورة البحث عند تفسير النص عن إرادة المشرع الحقيقية أو الفعلية وقت وضعه ، ولكنه لم يسايرها فيما ذهبت إليه من البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع في حالة العجز عن معرفة إرادته الحقيقية ، بل دعا إلى ما أسماه البحث العلمي الحر ، أي قيام المفسر بالكشف عن الحلول في جميع مصادر القانون الأخرى مستعيناً في ذلك بالمعطيات أو الحقائق الواقعية والتاريخية والمثالية وغيرها مما تؤثر في القواعد والحلول القانونية ، غير مقيد في بحثه بغير مراعاة الأسس والقواعد العلمية في البحث والتفسير .

فعند وجود النص تتقيد المدرسة العلمية بالبحث عن النية الحقيقية للمشرع من وضع هذا النص ، أما إذا لم يواجه المفسر نصاً معيناً، أو

(1) فرانسوا جينى: Geny (François) : Methodes d' interpretation et sources en droit privé positif. paris (nouveau tirage en 1954).

كان النص غامضاً، كان عليه البحث عن الحل ، ليس في إرادة المشرع المفترضة كما ذهبت مدرسة الشرح على المتون ، وليس في الإرادة المحتملة للمشرع كما نادت المدرسة التاريخية ، وإنما وفقاً للبحث العلمي الحر ، مستعيناً في ذلك بسائر مصادر القانون الأخرى غير مقتصر على التشريع لأنه ليس المصدر الوحيد للقانون. ويكون البحث علمياً، وفقاً للمدرسة العلمية ، إذا قام على قواعد موضوعية تستند إلى المعطيات العلمية السليمة. ويكون البحث العلمي حراً إذا لم يكن خاضعاً لسلطة وضعية [1] .

تقييم النظرية :

352 – تتميز المدرسة العلمية بقيامها على المنطق السليم واقترابها من الحقيقة وواقع الأمور أكثر من سابقتيها. فلا يجب الاعتماد على النص بالأخذ منه بأكثر مما يعطى، ولا تحميله بأكثر مما يحتمل ، فإن عجز النص عن مواجهة النزاع المعروض تعين التحول عنه إلى وسائل التفسير الأخرى المعترف بها[2]. لذلك فهذا الاتجاه هو السائد في الوقت الحالي.

---

(1) جينى ، طرق تفسير القانون الخاص الوضعى ومصادره ، مرجع سابق ذكره ، رقم 156 ص 460 .

(2) وهى التى سنعرض لها فى المبحث التالى.

المبحث الثالث

وسائل التفسير

تمهيد :

353- وسائل التفسير أو طرقه متعددة ، منها ما هو داخلي : وهى منطوق النص، وإشارة النص ، ومفهوم النص أو روحه ، ومنها ما هو خارجي، وأهمها الحكمة التشريعية ، والأعمال التحضيرية ، والمصدر التاريخي .

ويتعين على المفسر ، في سبيله لتحديد مضمون النص واستنباط الحكم منه ، أن يلجأ أولاً إلى النص ذاته فيستنبط الحكم من منطوقه ، أي : من ألفاظه وعباراته، مع تقريب الألفاظ بعضها من البعض الآخر ، وتقريب النص مع غيره من النصوص ، فإن عجز المفسر عن إيضاح النص عن طريق ألفاظه لجأ إلى إشارته ، ثم عن طريق فحواه ، أي مفهومه وروحه ، فإن لم تسعف هذه الطرق الداخلية التي غالباً ما يرجع إليها في حالة عدم وجود عيب بالنص ، انتقل المفسر إلى وسائل التفسير الأخرى الخارجية البعيدة عن النص الغامض وعن النصوص التشريعية الأخرى ، والتي تساعد في توضيح غموض النص وتحديد مضمونه ، كالحكمة من النص أو التشريع عامة ، ومصدره التاريخي ، والأعمال التحضيرية له ، ويستعان بتلك الوسائل الخارجية بصفة خاصة في حالة وجود عيب بالنص سواء تمثل هذا العيب في خطأ أو غموض أو نقص أو تعارض وتناقض .

354 – والاختيار بين وسائل التفسير المختلفة يتوقف على طبيعة النص محل التفسير، وما إذا كان سليماً غير معيب، أو كان غامضاً لوجود عيب به؛ لذلك تستوجب دراستنا لوسائل التفسير التعرض لهذين الفرضين :

تفسير النصوص غير المعيبة ، ثم تفسير النصوص المعيبة غير واضحة الدلالة [1].

بذلك تتناول دراستنا لطرق أو وسائل التفسير المطلبين الآتين :

المطلب الأول : تفسير النص غير المعيب .

المطلب الثاني : تفسير النص المعيب غير واضح الدلالة.

(١) أما في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع سليماً أو معيباً ، تعين على القاضي اللجوء إلى المصادر الأخرى التي يحددها المشرع ، فإذا لم يجد في أي منها القاعدة واجبة التطبيق ، اجتهد برأيه في الحل ، على الوجه الذي سبق أن تعرضنا له ، مع ملاحظة أن المسائل الجنائية لا اجتهاد فيها ، فإذا لم يكن الفعل الذي صدر من الشخص المطلوب محاكمته مجرماً بنص تشريعي ، فلا مجال للمحاكمة ، ففي مجال القانون الجنائي لاعقوبة ولاجريمة إلا بناء على قانون .

المطلب الأول

تفسير النص غير المعيب

355 – النص غير المعيب في الفاظه وعباراته يكون عادة واضح الدلالة على المراد منه ، ومن ثم يجب تطبيقه كما هو، والتقيد بمعناه الواضح أياً كانت النتائج التي يسفر عنها . فالنص الواضح جلي المعنى لا يجوز الخروج عليه، أو الانحراف عنه [1]، إعمالاً لقاعدة : لامساغ للاجتهاد في مورد النص [2] .

غير أن النص غير المعيب في ألفاظه قد يؤدي إلى أكثر من معني، وقد لا يكون معناه ظاهراً في بعض الحالات؛ وعندئذ يحتاج النص إلى التفسير لتحديد المعنى المراد منه . وفي تحديد هذا المعنى يتقيد المفسر أولاً بالمعنى الذي تدل عليه ألفاظ النص وعباراته، أي منطوق النص أو «دلالة العبارة» ، ثم بالمعنى الذي يشير إليه النص، أي: إشارة النص أو «دلالة الإشارة» ثم بالمعنى الذي يفهم من روح النص وفحواه أي: «مفهوم النص » أو « دلالة المفهوم» .

أولاً – منطوق النص – « دلالة العبارة» :

356 – أول ما يلتزم به المفسر ويسعى إليه هو تحديد معنى النص من خلال ألفاظه وعباراته ، فالقاعدة أنه لامساغ للاجتهاد في مورد النص، وذلك يستوجب أن يكون تفسير النص في حدود ألفاظه وعباراته التي استخدمها، فيتقيد المفسر بالمعنى اللفظي لها ، أي يتقيد بمنطوق النص وما يقرره من أحكام.

والمعنى اللفظي الذي تدل عليه عبارة النص هو المعنى الذي يتبادر

(1) محكمة التمييز ، 30/5/1988 ، مجلة القضاء والقانون ، س 16 ، ع (2) ص 113 .

(2) المادة (14) من مجلة الأحكام العدلية.

فـهـمـه من ألفـاظ النص ، فـيـتـعين الوقـوف عند هذا المعنى الظاهر دون تأويله إلى معنى آخر ، ما لم يقم دليل على ذلك[1].

تطبيقاً لذلك ، فإذا استخدم النص لفظاً عاماً أو مطلقاً تعين حمله على عمومه أو إطلاقه وعدم تخصيصه أو تقييده إلا إذا قام الدليل على ذلك التخصيص أو التقييد [2] . فلفظ الموظف مثلاً يجب أن يؤخذ بمعناه العام الذي يشمل جميع الموظفين ما لم يتبين بدليل واضح أن المقصود فئة معينة من الموظفين[3] .

والأصل أن يؤخذ اللفظ بمعناه الاصطلاحي أو الفني بدلاً من معناه اللغوي أو الدارج ، مالم يقم دليل على خلاف ذلك. فلفظ « الزنى» يؤخذ في مجال جريمة الزنى بمعناه القانوني [4] .

---

(1) وقد طبقت محكمة التمييز هذه القاعدة في حكمها الصادر بتاريخ 21/11/1983 بقولها : « النص فى المادة (61) من قانون العمل فى القطاع الأهلي رقم (38) لسنة 1964 الذى ينطبق على واقعة الدعوى على أنه : « إذا أصيب العامل فى حادث بسبب العمل وفى أثنائه على صاحب العمل إبلاغ الحادث فوراً ...» ، والنص فى المادة (65) من ذات القانون على أن « للعامل إذا أصيب فى حادث بسبب العمل وفى أثنائه... الحق فى التعويض عن الإصابة حسب الجدول الصادر بقرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل تطبيقاً لهذه المادة » يدلان على أن الشارع اشترط لقيام التزام صاحب العمل بتعويض العامل عن إصابة العمل توافر شرطين، الأول أن يقع الحادث بسبب العمل، والثاني أن يقع الحادث في أثناء تأدية العامل لعمله، وهو تحديد واضح وصريح من الشارع للحالات التي يستحق فيها العامل التعويض عما يلحقه من إصابات. ولما كان ذلك ، وكان من المقرر أنه إذا كان النص واضحاً جلي المعنى، فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله، لأن ذلك يكون عند غموضه أو وجود لبس فيه، ولو أراد الشارع تحميل صاحب العمل التعويض عن إصابة العامل التى تلحق به في أثناء الطريق لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للعاملين فى قطاع الأعمال النفطية». مجموعة أحكام محكمة التمييز ص 449 قاعدة رقم 32 .

(2) فإذا كان التأمين الاجبارى عن حوادث المركبات استخدم لفظ « حوادث المركبات » عاماً دون تقييد ، فيتعين أن يشمل التأمين الحوادث التى تقع من المركبات جميعها دون تقييدها على نوع دون آخر من المركبات.

(3) وفى هذا المعنى تقرر محكمة التمييز : «أن استعمال الرأفة مع المتهم قررته المادة (83) من قانون الجزاء فى حكم عام يشمل جميع الجرائم دون تخصيصها بجرائم معينة أو استثناء بعض الجرائم فى مجال تطبيقها ، ومن ثم فلا يخرج عن نطاقها الجرائم التى قرر لها المشرع عقوبة الإعدام إلا ما استثنى بنص خاص وهو مالم يتحقق بالنسبة لجريمة القتل العمد مع سبق الإصرار التى ادين المطعون بها». راجع تمييز 15/4/1985 ، حكم لم ينشر .

(4) والذي يقتصر على الاتصال الجنسي غير المشروع بين رجل وامرأة ، أحدهما متزوج ، أما في مجال=

وإذا كان للفظ ما معنى حقيقي ومعنى مجازى ، فلا يؤخذ بالمجاز طالما أمكن الأخذ بالمعنى الحقيقي، فالأصل في الكلام الحقيقة وليس المجاز [1] .

ثانياً :- إشارة النص - « دلالة الإشارة»

357 - المقصود بإشارة النص ، المعنى الذي يشير إليه النص دون أن يصرح به، فهو معنى لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص، ولكنه يكون لازماً لمعنى متبادر منها [2].

فالمادة (974) من التقنين المدني تقرر أنه :« إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية..».

فألفاظ هذه المادة لا تفصح صراحة عن حكم رهن ملك الغير ، لكن نصها على أثر إقرار المالك الحقيقي تدل على أن عقد رهن ملك الغير لا يكون باطلاً أو معدوماً؛ لأن الإقرار يرد عليه، والإقرار لا يرد على معدوم[3] .

= الميراث فيؤخذ بمعناه اللغوي ، ويشمل كل اتصال جنسي بين رجل وامرأة لا تربطهما علاقة زوجية ولو كان كلاهما غير متزوج.

(1) ويوجد في مجال تحديد ألفاظ النص وعباراته العديد من قواعد التفسير نذكر منها :

- الأصل في الكلام الحقيقة وليس المجاز .
- إعمال الكلام أولى من إهماله .
- التأسيس أولى من التوكيد .
- العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .
- العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .
- الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر.

راجع في هذه القواعد : جلال محمد إبراهيم ، ص 356 وبعدها .

(2) ويعبر عنه بأنه مدلول النص بطريق اللزوم.

(3) ومن تطبيقات دلالة الإشارة في القضاء ما قررته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 16/12/1963 من أن ما نصت عليه المادة (395) من قانون الإجراءات الجنائية من سقوط الحكم الغيابي في جناية بالقبض على المحكوم عليه وإعادة نظر الدعوى أمام المحاكم له مدلولان ، أولهما مدلول =

ويلاحظ أنه في حالة تعارض المضمون المستخلص من إشارة النص مع المضمون المستفاد من منطوق ألفاظ نص آخر تعين تغليب معنى اللفظ على معنى الإشارة .

ثالثاً - مفهوم النص « دلالة المفهوم » :

358 - المقصود بمفهوم النص ما يمكن فهمه واستنتاجه من مفهوم النص وروحه بأحد طرق القياس الآتية :

- الاستنتاج بمفهوم الموافقة .
- الاستنتاج من باب أولى .
- الاستنتاج بمفهوم المخالفة .

(أ) - الاستنتاج بمفهوم الموافقة :

359- يقصد بالاستنتاج بمفهوم الموافقة إعطاء الحكم الذي تقرره قاعدة قانونية تحكم حالة معينة ، لحالة أخرى لم يرد بشأنها قاعدة ، لاتحادهما معاً في العلة [1] التي سنت من أجلها القاعدة القانونية .

وتطبيقاً للاستنتاج بمفهوم الموافقة يمكن إعطاء حكم التدليس في

= عبارة النص فيما يتعلق ببطلان الحكم وإعادة المحاكمة ، وثانيهما مدلول إشارة النص، وهو سقوط طعن النيابة العامة في الحكم الغيابي بسقوط هذا الحكم لكونه أصبح غير ذي موضوع . انظر مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، س 14 ص 917 .

(1) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى التفرقة الدقيقة التي أقامها الفقه الإسلامي بين الحكمة والعلة، حيث جعل هذه الأخيرة مناطاً للأحكام الشرعية وقرر أن الأحكام تدور وجوداً وعدماً مع عللها لامع حكمتها، بحسبان أن العلة وصف ظاهر منضبط مناسب للحكم ، بعكس الحكمة التي قد تكون خفية لايمكن التحقق من وجودها، وقد تختلف باختلاف الأحوال ، ولتوضيح الفارق بين العلة والحكمة يقرر علماء الأصول أن العلة في إباحة البيع هي الرضا ، أي الإيجاب والقبول ، أما الحكمة فيه فهي دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم المشروعة ، والحاجة أمر خفي يختلف باختلاف الناس وتقديرهم. راجع زكى الدين شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ، 1988 ، وانظر مؤلفنا في المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، القاهرة 1981 ، فقرة رقم 231 ، ص 353 .

العقود الذي نظمته المادة (151) مدني، وهو جواز طلب إبطال العقد، للتصرفات القانونية الأخرى، وهى التي تبرم بالإرادة المنفردة، إذا شابها تدليس، لاتحاد العلة في الحالتين، وهى تعيب الإرادة.

فالنص لم يتعرض صراحة لحكم التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة، ولم يرد بشأنها نص آخر، ونظراً لتوافر العلة التي من أجلها وضعت المادة (151) مدني، وهي حماية الرضا، فإن حكمها يمتد ليشمل هذه التصرفات عن طريق مفهوم الموافقة، أي قياساً على العقود [1].

(ب) – الاستنتاج من باب أولى :

360 – يقصد بالاستنتاج من باب أولى إعطاء الحكم الذي تقرره قاعدة قانونية تحكم حالة معينة لحالة أخرى لم يرد بشأنها نص لتوافر العلة التي سنت من أجلها القاعدة القانونية أكثر من توافرها في الحالة المنصوص عليها.

فلو كان قانون العقوبات يقرر أن من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من عقوبة الجناية، فيمكن أن نستنتج من النص، من باب أولى، أن الزوج لو اقتصر على إحداث عاهة مستديمة بزوجته تعتبر جريمته جنحة لا جناية، ويعاقب بالحبس.

كذلك إذا امتنع على القاصر التصرف بعوض، امتنع عليه أيضاً، ومن باب أولى، التصرف بغير عوض، فما كان قليله ممنوعاً فكثيره

(1) ومن تطبيقات الاستنتاج بمفهوم الموافقة ما قررته محكمة النقض المصرية من أن المادة(312) من قانون العقوبات التي تستلزم الشكوى لمحاكمة السارق إذا كان المجني عليه زوجه أو أصله أو فرعه تنطبق أيضاً بالنسبة لجريمتي النصب وخيانة الأمانة مع أن النص قاصر على جريمة السرقة وحدها، وذلك لاتحاد العلة وهى أن هذه الجرائم يجمعها ركن الاعتداء على المال، ولم تطبق محكمة النقض ذلك بالنسبة لجريمة التزوير التي لاتعد من هذا القبيل، ومن ثم لا تتحد معها في العلة. انظر نقض جنائي مصري ،1/11/1958 مجموعة المكتب الفني، س 9، ص 891.

ممنوع من باب أولى [1] .

ويشترك الاستنتاج من باب أولى مع الاستنتاج بمفهوم الموافقة في أن كلا منهما تفسير موسع ؛ لذلك فلا يجوز اللجوء إليهما إذا كان الحكم الذي يقرره النص حكماً استثنائياً يتضمن خروجاً على قاعدة عامة؛ لأن الاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع فيه .

كذلك لا يجوز اعمالهما في المسائل الجنائية إلا لمصلحة المتهم ، فإذا كان النص الجنائي يجرم فعل إخفاء الأشياء المسروقة ، فلا يمكن مد هذا الحكم إلى إخفاء الأشياء المتحصلة من النصب أو خيانة الأمانة .

(جـ) – الاستنتاج بمفهوم المخالفة :

361 – يقصد بالاستنتاج بمفهوم المخالفة إعطاء عكس الحكم المنصوص عليه بشأن حالة معينة لحالة أخرى غير منصوص عليها ، استناداً إلى أن مواجهة النص لحالات معينة بشروط أو قيود خاصة يتعين معه تطبيق عكس حكمه على كل حالة أخرى لا تتوافر فيها هذه الشروط أو القيود .

مثال ذلك نص المادة (478) مدني التي تقرر أنه « إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبى لا يد لأحد المتعاقدين فيه ، انفسخ البيع، واسترد المشتري ما أداه من الثمن»، يستنتج منه بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا ينفسخ البيع .

كذلك النص الذي يقرر أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج منه بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يسأل عما ينشأ عن ذلك من ضرر [2] .

---

(1) ويلاحظ أن القياس في هذا المثل مؤداه إعطاء حكم القليل للكثير بينما في المثل الأول مؤداه تطبيق حكم الكثير على القليل .

(2) ومن تطبيقات مفهوم المخالفة ما قررته محكمة النقض المصرية من أنه : =

والاستنتاج بمفهوم المخالفة قياس مضيق؛ إذ يترتب عليه قصر حكم النص على الحالات التي يواجهها ، ويكون لما عداها عكس ما يقرره؛ لذلك يتعين التحفظ والاحتياط في اللجوء إليه ؛ إذ إن الحكم الذي يؤدى إليه لا يمثل حقيقة مطلقة الصحة ، بل قد يتضمن خطورة في بعض الحالات ، وللتدليل على ذلك فإن المادة (421) من التقنين المدني المصرى تقرر أن البيع بشرط التجربة بيع معلق على شرط، ولكن لايمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة من هذا النص أن البيع بشرط آخر غير التجربة لا يكون معلقاً على شرط ، لأن المادة المذكورة لا تتناول إلا صورة من صور البيع المعلق على شرط .

وتظهر خطورة هذا النوع من القياس في الحالات التي يكون فيها الحكم الذي يقرره النص وارداً على سبيل التمثيل لا الحصر ، أو يكون الحكم مقرراً لحكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف .

هذا ، وتحديد مضمون النص من مفهومه يأتي من حيث درجته بعد تحديد المضمون وفقاً لإشارته ، ووفقاً لمنطوقه .

= إذ نص المشرع في المادة (412) من قانون الإجراءات على أن يسقط الاستئناف المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة ، فإن الحكم بالسقوط ينتفي متى تقدم المتهم للتنفيذ حتى وقت النداء على قضيته في يوم الجلسة بحيث أصبح التنفيذ عليه أمراً واقعاً قبل نظر الاستئناف. راجع مجموعة المكتب الفني جلسة 2/12/1960 س 11 ، ص 139 .

المطلب الثاني

تفسير النص المعيب

362 – قد يأتي النص معيباً في صياغته فيكون غير واضح الدلالة على المراد منه بنفس صياغته ، ويتحقق ذلك عندما يشوبه خطأ أو غموض أو تعارض ، أو غير ذلك من عيوب الصياغة التشريعية :

(أ) – **الخطأ** : يتحقق الخطأ عندما يشوب صياغة النص عيب لم تتجه إليه نية المشرع، أي غير مقصود منه . والخطأ قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً . والخطأ المادي هو الخطأ الظاهر الملموس ، ومن أمثلته ماكان واردا في التقنين المدني المصري الملغى من أنه يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق ، فقد أخطأ المشرع في تعريف الشرط بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، والصحيح أنه أمر مستقبل وغير محقق ، لأن الأمر المستقبل المحقق يكون آجلاً وليس شرطاً .

أما الخطأ المعنوي فيتعلق بالمعنى وليس الصياغة ، ومن أمثلته ما كانت تنص عليه المادة (555) من التقنين المدني المصري القديم (المختلط) من أن القسمة تكون ناقلة للملكية كعقد البيع ، بينما كان المقصود أن القسمة كاشفة للملكية وليست ناقلة لها .

(ب) – **الغموض** : يتحقق الغموض عندما يحتمل النص ، أو أحد ألفاظه أكثر من معنى يؤدى إلى إبهامه [1] . ومن أمثلة ذلك جعل الليل

---

(1) يصنف علماء أصول الفقه النص الغامض إلى الأنواع الآتية :

– اللفظ الخفي : وهو الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة فقط؛ ولذلك يشوبه الغموض فيما يتعلق بمدى انطباق معناه على بعض أفراده ، ومن تطبيقات النص الخفي لفظ « السارق » الذي يعتبر خفياً بالنسبة لمدى انطباقه على من يختلس الكهرباء لأن جريمة السرقة تفترض أن المسروق منقول ، بينما أثير النقاش حول ما إذا كان التيار الكهربائي يعد منقولاً أم لا ، وقد حسمت محكمة النقض المصرية ذلك باعتباره منقولاً وطبقت على من يختلسه عقوبة السرقة. =

ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة ، فقد أثير التساؤل عما إذا كان المقصود بلفظ الليل ، الذي يستوجب تشديد العقوبة ، هو الليل بمعناه الفلكي، أي: من غروب الشمس حتى شروقها، أم المقصود حالة الظلام التي تبدأ بعد غروب الشمس وتنتهي قبل شروقها، فذهب بعض الفقه إلى إن المقصود بظرف الليل حالة الظلام استناداً إلى الحكمة من تشديد العقوبة على من ارتكب السرقة ليلاً ، وهى إن الظلام يبعث الرهبة في نفس المجني عليه، ويساعد على هرب الجاني ، أما القضاء المصري فحدد المقصود بظرف الليل بالفترة بين غروب الشمس وشروقها[1] .

ويتحقق غموض النص كذلك عند إغفال ذكر لفظ معين لا يستقيم حكمه بدونه ، كإغفال شرط لازم لتطبيق حكم النص كما حدث مع صياغة المادة (151) من التقنين المدني المصري القديم بإغفالها شرط الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية فذكرت كلمة الفعل مجردة من وصف الخطأ .

(جـ) – التعارض : يتحقق التعارض عند تعدد المعاني المستخلصة من

= انظر نقض مصري ، 31 يناير 1914 ، مجلة الشرائع عدد (31) مارس 1914 رقم 219 ص 113 .

– اللفظ المشكل : هو الذي لايدل بذاته على المراد منه ، ويتعين لتبيين هذا المراد الاستعانة بعناصر خارجية عنه .

– اللفظ المجمل : هو الذي تعددت معانيه فيدل اللفظ نفسه على اكثر من معنى.

راجع : جلال محمد إبراهيم 392 وبعدها .

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأن « قانون العقوبات إذ نص على أن الليل ظرف مشدد للسرقة، ولقتل الحيوان والأضرار به ، ولانتهاك حرمة ملك الغير ... دون أن يحدد بدايته ونهايته فقد أفاد انه انما قصد ما تواضع الناس عليه من أنه الفترة بين غروب الشمس وشروقها ، ولو كان الشارع قصد معنى آخر لافصح عنه كما فعل في المادة (21) من قانون المرافعات ، وكما فعلت بعض التشريعات الأجنبية مثل القانون البلجيكي الذي عرف الليل بأنه الفترة التي تبدأ بعد غروب الشمس بساعة وتنتهي قبل شروقها بساعة، وان الشارع أخذ أحكام انتهاك حرمة ملك الغير من القانون السوداني الذي نص على أن الليل هو ... الفترة من غروب الشمس وبين شروقها (نقض جنائي مصري مجموعة ربع قرن ص 763) .

النصوص مع تناقض معناها فيدل أحد النصوص على معنى معين ويدل نص آخر على معنى مختلف . ويقوم التعارض أو التناقض سواء بين نصوص التشريع نفسه أو مع نصوص تشريع آخر. ويتم رفع التناقض باللجوء أولاً إلى قاعدة تدرج القوانين، والتي بمقتضاها يتعين تغليب القانون الأعلى درجة ، فإن تساوت في الدرجة طبقت قواعد النسخ أو الإلغاء الضمني بتغليب القانون الأحدث صدوراً[1]. فإن تساوت في الدرجة ووقت الإصدار وجب اللجوء إلى وسائل التفسير الخارجية المختلفة التي سنعرض لها .

طرق تفسير النص الغامض :

363 – إذا كان النص غامضاً لا توضح صياغته المراد منه تعين على المفسر اللجوء إلى طرق ووسائل التفسير الخارجية عن النص لإجلائه وتبديد غموضه .

وطرق التفسير الخارجية متعددة نشير إلى أهمها فيما يأتي :

أولاً– الحكمة التشريعية :

364 – المقصود بالحكمة التشريعية الهدف الذي ابتغى المشرع تحقيقه من سن التشريع والذي على هداه يمكن تفسير ما غمض من نصوصه حيث يتعين أن يفهم النص على المعنى الذي يكون أكثر تحقيقاً للحكمة منه . وقد سبق أن ذكرنا أنه على ضوء تحديد الحكمة التشريعية من تشديد العقوبة على السرقة ليلاً ، يمكن تحديد المقصود بظرف الليل .

بيد أنه يلاحظ أن اللجوء إلى الحكمة من التشريع لتفسير نصوصه

---

(1) وبمقتضاها النص اللاحق ينسخ النص السابق ، فإذا كان احدهما نصاً خاصاً فإنه يقيد النص العام سواء كان يسبقه أو يلحقه .

لا يكون إلا في حالة غموض النص التشريعي ، فإذا كانت نصوص القانون واضحة جلية فلا يكون في البحث في حكمة التشريع ما يبرره[1] .

ثانياً الأعمال التحضيرية :

365 – يقصد بالأعمال التحضيرية كل الوثائق التي أحاطت أو صاحبت عملية سن التشريع من إعداد المذكرات وغيرها من الوثائق المختلفة ، ثم المناقشات التشريعية ، ومشروعات القوانين وما يجرى عليها من تعديلات ، والمذكرات التفسيرية التي تلحق بالتشريعات .

وتمثل هذه الأعمال التحضيرية معيناً قوياً في تفسير نصوص القوانين، وكثيراً ما يلجأ إليها القضاة والفقهاء ، ولكنها تقف عند حد كونها وسيلة مساعدة وليست ملزمة للمفسر، فله ألا يتقيد بما جاء بها[2].

ثالثاً – المصادر التاريخية :

366 – المقصود بذلك الرجوع إلى الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع ما وضع من نصوص وأحكام ، فكثيراً ما يجد فيها المفسر توضيحاً لما يبحث عنه؛ لذلك نجد الفقه المصري يلجأ في بعض الحالات إلى القانون المدني الفرنسي يبحث فيه عن تفسير لبعض أحكام القانون المدني المصري ، كما يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للأحكام المستمدة منها ، فالقانون الفرنسي والشريعة الإسلامية يمثلان بالنسبة للقانون المدني المصري مصدراً تاريخياً ، كذلك يعد القانون

---

(1) انظر : محكمة التمييز ، طعن رقم 32 / 82 تجارى بتاريخ 1982/7/7 ، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة التمييز ، الجزء الأول ، ص 449 ، قاعدة رقم 30 .

(2) ويلاحظ في هذا الصدد ما تتمتع به المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي من وضع خاص يضفي عليها قوة ملزمة فيما تتضمنه من أحكام بحيث تأخذ حكم القواعد التي يقررها الدستور .

المدني المصري والشريعة الإسلامية من أهم المصادر التاريخية للقانون المدني الكويتي الحالي، لذلك يمكن الرجوع اليهما لتذليل وتفسير ماقد يظهر من غموض في نصوصه المشتقة منهما .

ما سبق كان عرضاً لبعض طرق ووسائل التفسير ، وكما ذكرنا فإن هذه الطرق ليست على سبيل الحصر ، وإنما يجوز للمفسر الرجوع إلى غيرها كالرجوع إلى ماقد يوجد من ترجمة للنص بلغة أجنبية ، كما كان الحال بالنسبة للقوانين المصرية التي وضعت عام 1883 م باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية.

الباب الرابع

تأصيل القـانـون

الباب الرابع

تأصيل القانون

تمهيد في نشأة القانون:

367- الثابت أن المجتمعات البدائية القديمة ، التي كانت تقوم على صيد الحيوانات والتقاط الثمار ، لم تكن تعرف القانون بمعناه الحديث ، حيث كانت تفتقر إلى وجود سلطة عليا لها الكلمة والسيادة وقادرة على تنفيذ ما تراه لصالح هذه المجتمعات، وبتطور الزمن بدأت تظهر بعض العادات الاجتماعية التنظيمية ، نتيجة احتكاك أفراد القبائل بعضهم بالبعض الآخر ، واتصال القبائل بغيرها من القبائل المجاورة ، وكان ذلك نواة ظهور القانون بما له من قوة ملزمة ، فقد ظهر القانون ووجد نتيجة تطور النظام الاقتصادي القديم وانتقاله من مرحلة الصيد والتقاط الثمار إلى مرحلة الزراعة والري ، وما ترتب على ذلك من تحول القبائل إلى مجتمعات مدنية أكثر تقدماً وتحضراً ، متمثلة في الدول ، إضافة إلى تبلور نظام الملكية الخاصة ، سواء من رؤوس الماشية العديدة ، أو الملكيات الزراعية الشاسعة ، وظهور الطبقات الاجتماعية نتيجة التفاوت في الثروات.

وقد ترتب على ظهور الملكيات الخاصة والطبقات الاجتماعية العديد من النتائج المهمة نذكر منها بصفة خاصة :

- تراكم الثروات لدى نفر قليل تمثلت فيهم القوة والسلطة.
- تعدد الروابط والعلاقات وما ترتب عليها من منازعات بين أفراد المجتمع، ومن ثم ، ظهور الحاجة إلى ما ينظم هذه العلاقات والمنازعات ، وهو القانون.

هكذا ظهر القانون ثم تطور..... والتساؤل الآن كيف تكونت قواعد القانون وما أساس الالتزام بها ؟ ثم ما حقيقة دور القانون في المجتمع ؟ وما غايته وهدفه ؟ هذا ما سنقوم بتوضيحه في الباب الحالي الذي نقسمه إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول أصل القانون وأساسه ، ونتناول في الفصل الثاني دور القانون وغايته.

بذلك تتناول دراستنا لهذا الباب الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : أصل القانون وأساسه.

الفصل الثاني : دور القانون وغايته.

الفصل الأول

أصل القانون وأساسه

الفصل الأول

أصل القانون وأساسه

تمهيد :

368 – تعددت الآراء وتباينت المذاهب فيما يتعلق بتأصيل القانون وبيان أساسه وسبب تقيد الأفراد بقواعده وأحكامه[1] ، فهناك المدارس الشكلية التي تقف عند حد الشكل الذي يظهر فيه القانون، وهو التشريع الذي تسنه السلطة المختصة، والذي يستمد قوته الملزمة من كونه صادراً ممن يملك السلطة في المجتمع.

وهناك المدارس المثالية التي تكتفي بدور العقل والمنطق في استنباط القواعد القانونية من خلال القيم العليا والمبادئ المثلى المتمثلة في فكرة العدالة والمكونة للقانون الطبيعي الذي يرجع لطبائع الأشياء.

وهناك المدارس الواقعية التي ترتكز بصفة أساسية على دور العوامل والحقائق الواقعية ، من طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية ، في نشأة القانون.

وهناك أخيراً المذاهب المختلطة التي تجمع بين مختلف المذاهب السابقة وتوفق بينها ، باعتبار أن القانون ماهو إلا نتيجة جماع المذاهب السابقة والتوفيق بينها.

ونقوم فيما يلي ببيان أصل القانون وأساسه وفقاً لكل مذهب من المذاهب السابقة مخصصين لكل منها مبحثاً خاصاً.

---

(1) انظر لمزيد من التفاصيل :

ROUBIER ; Théorie général du droit , 2 nd ed. 1951 . VILIEY ; Critique de la pensée juridique moderne (douge autres essays,1976)

BATIFFOL ; Problemes de base de la philosophié du droit , 1979

المبحث الأول

المذاهب الشكلية

نظرة عامة في المذاهب الشكلية :

369 – نظر فريق من الفقهاء إلى أساس القانون وأصله نظرة شكلية بحتة[1]، ولاحظ أن ما يحكم علاقات الأفراد ويسرى على أنشطتهم هو القانون الوضعي الذي تسنه السلطة المختصة ، فهو الذي يطبق ، وتكون قواعده ملزمة بصفته هذه ، أي باعتباره قانوناً أو تشريعاً صادراً ممن يملك سلطة إصداره.

وقد وجد هذا التفكير رواجاً – بصفة خاصة – لدى الفقيه الانجليزى هوبز ، والفقيه الألمانى هيجل ، ثم أقام عليه أوستن نظريته المعروفة باسمه ، التي ترجع القانون إلى أمر يصدره الحاكم استناداً إلى سلطته السياسية.

فالقانون لدى أوستن يشكل إرادة الحاكم ، وتكمن قوته الملزمة فيما يفرضه من جزاء يوقع عند المخالفة.

ويترتب على رأي أوستن أن تنحصر مصادر القانون في التشريع ، لأنه الوحيد الذي يترجم إرادة المشرع.

وبالتفكير السابق نفسه – أيضاً – تقوم مدرسة الشرح على المتون التي ظهرت فى فرنسا عقب حركة التقنينات في القرن التاسع عشر ، فهي تجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون ، ويقوم فقهها على

---

(1) انظر فى عرض المدارس الشكلية :

- Austin : Lectures on Jurisprudence , London , 1873 -

- Bonnecase : L'ecole de l'exegese en droit civil , Paris , 1924 -

- Dabin : Op. cit ., P. 79 et S. - Roubier : Op . cit ., P. 119 et S. Weill: op . ciT . , P. 47 et S.

تقديس النص التشريعي؛ لذلك سميت بمدرسة التزام النص.

كذلك نجد تأثيراً للمذهب الشكلي لدى كلسن في نظريته عن القانون، فهو يرجع القانون لمشيئة الدولة، بل ويصل في ربط القانون بالدولة إلى حد النظر اليهما باعتبارهما شيئاً واحداً؛ فالدولة عند كلسن هي القانون، والقانون هو الدولة.

ويعيب المدارس الشكلية – عموماً – وقوفها عند المظهر الشكلي للقانون، دون البحث فيما وراءه، وقصرها القانون على التشريع دون سائر مصادره الأخرى المسلم بها[1]، يؤخذ على المدارس الشكلية أيضاً إغفالها التام لقوة الأمة وإرادتها في خلق القانون.

بعد الفكرة العامة السابقة عن المذاهب الشكلية في تأسيس القانون اجمالاً، نعرض فيما يأتي بشيء من الإيجاز لأهم نظريتين من النظريات الشكلية، وهما نظرية أوستن، ومدرسة الشرح على المتون.

أولاً – نظرية أوستن :

370 – تستند نظرية الفقيه أوستن [2] إلى ما سبقه من آراء قال بها فلاسفة اليونان من أن إرادة الحاكم تمثل أساس القوة الملزمة للقواعد القانونية[3].

---

(1) فالمدارس الشكلية للقانون تهتم بشكل القانون دون جوهره ومادته، وترى في القانون (التشريع) الكمال والشمولية إلى جانب دقته، ومن ثم فلا حاجة معه للرجوع إلى مصادر أخرى للقاعدة القانونية.

(2) والفقيه أوستن "John Austin" كان أستاذاً لفلسفة القانون في جامعة لندن، وقام بتدريس أصول القانون ابتداء من سنة 1826؛ لذلك واتته الفرصة للتعبير عن آرائه في المحاضرات التي ألقاها بجامعته في الفترة من 1829 إلى 1832، ثم طبعت هذه المحاضرات ونشرت مرات متوالية في كتابه المعنون "Lectures on jurisprudence"

(3) فقد تلقف عدد من الفقهاء هذه الأفكار وأقاموا عليها نظرياتهم الخاصة بأصل القانون وأساس الالتزام به، من هؤلاء الفقهاء توماس هوبز (1558 - 1639) صاحب نظرية العقد الاجتماعي التي تؤسس سلطة الحاكم على عقد أو اتفاق بين الأفراد اتفقوا بموجبه على تقليد سلطة الحكم إلى السلطان، الذي=

وتقوم نظرية أوستن على تحليل القاعدة القانونية إلى مجموعة من الأوامر يصدرها الحاكم ذو السلطان المطلق ليلتزم بها الأفراد ، وإلا تعرضوا للجزاء الذي يقترن بهذه القواعد ، ولأن أوامر الحاكم لن تكون إلا في صورة تشريع فإن القانون لدى أوستن لا يكون إلا عن طريق التشريع.

371- ويمكن إيجاز الأفكار الأساسية التي تقوم عليها نظرية أوستن في الآتي:

(أ) - يتمثل القانون في التشريع الذي يصدر عن إرادة الحاكم ، أما المصادر الأخرى للقاعدة القانونية فلا يعتد بها مالم يقرها الحاكم[1].

(ب) - حيث إن القانون يستند دائماً إلى إرادة الحاكم ، فيجب عند تفسير قواعده البحث عن هذه الإرادة ، فهدف المفسر يكون الوقوف عند إرادة الحاكم، دون نظر إلى أية اعتبارات أخرى، ولو كانت تستند إلى فكرة العدالة.

(جـ) - الفصل بين القانون كما هو كائن ، وهذا هو القانون الوضعي، والقانون كما يجب أن يكون ، والذي يمثل نظرة أخلاقية مثالية لها مجالها الخاص.

(د) - لا تعد قواعد القانون الدولي قوانين بالمعنى الصحيح، بل أطلقت عليها هذه التسمية من قبيل الخطأ ، فلكونها لم تصدر من الحاكم

= يكون له مطلق السلطة، ويكون عليهم مطلق الخضوع لما يصدره من أوامر وقوانين. ومن هؤلاء الفقهاء أيضاً المفكر الألماني هيجل (1770- 1831) الذى دافع بشدة عن انفراد الحاكم بالأمر، وإصدار القواعد القانونية باعتباره ممثلاً للدولة رمز السيادة والسلطان ، فقد أقر هيجل بضرورة خضوع الأفراد خضوعاً كاملاً لسلطان الدولة ، مع الاعتراف بحقها المطلق في وضع القواعد القانونية الملزمة للافراد.

(1) والعرف لايعتبر لدى الفقيه أوستن قانوناً ، ولاتكون قواعده ملزمة ، مالم يقره الحاكم ، فيعد بذلك صادراً منه بطريق غير مباشر.

راجع فى تفصيل ذلك : دياس Dias:

- Jurisprudence , London , 1964 , P. 144 .

صاحب السلطة ، فهي ليست قوانين، ولا تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها [1]. كذلك لا يرى أوستن في قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية بالمعنى الدقيق استناداً إلى أنها لا تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها.

تقييم مدرسة أوستن :

372 – لم تسلم أفكار أوستن من النقد ، وأخِذ عليها بصفة خاصة :

(أ) – أن قصر القانون على القواعد والأوامر التي يصدرها الحاكم لا يتمشى مع ماهو مسلم به من أن القانون وجد في المجتمعات القديمة على شكل أعراف وعادات قبل ظهور السلطة الحاكمة.

(ب) – أن القانون ليس في حقيقته مجرد أمر من الحاكم ، بل تساهم في تكوينه عناصر أخرى ، بصفة خاصة العدالة التي يجب أن تقوم عليها القواعد القانونية ، والصالح العام الذي يجب أن تسعى إلى تحقيقه.

(جـ) – رد القانون إلى إرادة الحاكم يجعله خادماً لقصره، متوقفاً على محض إرادته، فيؤدى ذلك إلى الاستبداد والطغيان، ويهدم القانون من أساسه[2].

ثانياً – مدرسة الشرح على المتون :

373 – ظهرت مدرسة الشرح على المتون إثر التقنينات التي وضعت في فرنسا

---

(1) راجع أوستن : Austin :
Lectures in jurisprudence , or the philosophy of positive law , 41 th . ed . 1983 , by campbel , London , 1 , P 182 et su

(2) وقد ذهب الفقيه كلسن " Kelsen "إلى أبعد من ذلك عندما قرر أن القانون هو الإرادة التى يمكن أن تفرض بالقوة الجبرية ، ولأن الدولة هى التى تملك هذه القوة ، فإن القانون يتمثل فى إرادتها ، فكل ماتصدره يعد قانوناً ملزماً واجب الاتباع ، ولا قانون خارج إرادتها.
راجع : روبييه ، النظرية العامة للقانون ، ص 50.سليمان مرقص ، ص 405.

في أوائل القرن التاسع عشر ، فقد نظر الفقهاء الفرنسيون[1] إلى هذه التقنينات نظرة إعجاب وتقديس ، ووجدوا فيها حلولاً لكل ما يثور من منازعات ، فقد رأى هؤلاء الفقهاء أن التقنينات الجديدة قد تضمنت كل القواعد القانونية التي يحتاجها المجتمع ، ومن ثم يجب التقيد بها ، أو البحث عن الحكم القانوني من خلالها. كما رأوا- عند تفسير نصوص هذه التقنينات - ضرورة البحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضع هذه النصوص ، فإن تعذر الوصول إلى هذه النية فيستعاض عنها بنية المشرع المفترضة ، وذلك على الوجه الذي سبق أن أوضحناه[2].

374 - وتعد مدرسة الشرح على المتون من المدارس الشكلية لأنها اعتبرت إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون ، واستبعدت مصادره الأخرى، وبصفة خاصة العرف ، مالم يقره المشرع ، فهي بذلك تكون قد جعلت السلطة صاحبة الأمر والنهى ، مصدراً وحيداً للقانون ، أياً كانت القواعد التي تضعها ، فالعبرة لدى مدرسة الشرح على المتون بالشكل

(1) ويأتي في مقدمة الفقهاء الفرنسيين الذين اعتنقوا فقه مدرسة الشرح على المتون كل من :
- « أوبرى » و «رو» من أساتذة كلية الحقوق فى استراسبورج ، وضعا شرحاً مطولاً للقانون المدني ، صدرت طبعته الخامسة فى اثنى عشر جزءاً.
- «بودرى لاكنترى» أحدث فقهاء هذه المدرسة ، شرح القانون المدني ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين، فى تسعة وعشرين جزءاً.
- «بونييه» صاحب القول المشهور : أنا لاأعرف القانون المدني ، اني لاأدرس إلا قانون نابليون.
- «ترولون» شرح القانون المدني فى سبعة وعشرين جزءاً.
- «ديرانتون» شرح القانون المدني فى اثنين وعشرين جزءاً.
- «ديمولومب» كان عميداً لكلية الحقوق فى جامعة كان .
- كالفادوس ، وضع مبسوط القانون المدنى فى واحد وثلاثين جزءاً ، تحت عنوان : دروس فى مدونة نابليون.
- «لوران» فقيه بلجيكى مشهور ، شرح القانون المدنى الفرنسى فى ثلاثة وثلاثين جزءاً، ومن المأثور عنه : أن التقنينات لم تدع شيئاً لهوى المفسرين ، فلم يعد لهم دور في صناعة القانون .... ويجب على الشراح والقضاة أن يقنعوا بدورهم الجديد.
- «ماركاديه» شرح مجموعة نابليون فى أحد عشر جزءاً.

(2) راجع ما سبق فقرة رقم 346.

الذي تظهر فيه هذه القواعد ، وهو التشريع المعبر عن إرادة الدولة.

375 – وعلى الرغم من أن مدرسة الشرح على المتون لم تقدم نظرية متكاملة كما فعل «أوستن»، فإنها تشترك معه في اعتبار التشريع المصدر الرسمي الذي ينبغي الوقوف عنده للتعرف على القانون ، دون النظر إلى مصادر أخرى ، مع التقيد بالنية الحقيقية أو المحتملة للمشرع حين وضع القانون؛ ولذلك فقد تعرضت مدرسة الشرح على المتون للنقد نفسه الذي سبق توجيهه لنظرية «أوستن». من ناحية أخرى، ونظراً لأن مدرسة الشرح على المتون تمسكت بإرادة المشرع وقت وضع التشريع، وليس وقت النزاع، فإنها تأتي بقواعد وحلول قديمة، وتطبقها على حالات مستجدة ظهرت في المجتمع المتطور ، وقد دفع ذلك كثير من الفقهاء للهجوم على المدرسة، وتوجيه سهام النقد إليها ، إلى أن تلاشت تماماً مع مطلع القرن العشرين[1].

(1) محمد الألفي ، ص 91.

المبحث الثاني

المذاهب المثالية

مذهب القانون الطبيعي

فكرة القانون الطبيعي – النظرية التقليدية :

376– ذهب بعض المفكرين والفلاسفة القدماء إلى أن القانون ليس من صنع الدولة التي تفرضه على الأفراد وتجبرهم على احترام قواعده ، وإنما يعتمد القانون في وجود هذه القواعد وفي تنفيذها على قانون ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان ، فالقانون يجد مصدره في طبائع الأشياء ، مثله في ذلك مثل سائر قوانين الطبيعة التي يكتشفها العقل البشري دون أن يكون للبشر دخل في إنشائها ، كقانون الجاذبية، وقانون طفو الأجسام. هذا القانون الطبيعي هو الذي يتوافق مع طبائع البشر ، فهو ينظم علاقات الأفراد على أساس العدل والمساواة ، ومن ثم يجب أن يكون القانون الطبيعي معياراً تلتزمه القوانين الوضعية، وتستمد منه قواعدها ، وهذا يفسر أساس القوة الملزمة للقانون ، إذ يكفى أن تتفق القوانين الوضعية مع مبادىء القانون الطبيعي حتى يتقيد بها الأفراد ويخضعوا لها كخضوعهم لقوانين الطبيعة الثابتة الخالدة.

377 – وترجع فكرة القانون الطبيعي[1] إلى ما لوحظ منذ غابر الزمان من

---

(1) انظر في فكرة القانون الطبيعي أرسطو ، السياسة ، ترجمة أحمد لطفى السيد ، القاهرة 1967 ، توفيق فرج ، المرجع السابق، ص 93. جميل الشرقاوي ، مرجع سبقت الإشارة اليه، ص 105 حسن كيرة ، مرجع سبقت الإشارة إليه ، ص 99 ، دينيس لويد ، فكرة القانون ، ترجمة سليم الصويص ، عالم المعرفة الكويت ، عدد 47 ، نوفمبر 1981 ، ص 87 – 115. سليمان مرقس ، سبقت الإشارة اليه ، ص 348/ 363 و410 ومابعدها. عبد الحى حجازى جـ 1 ، ص 178. عبد المنعم البدراوى ، سبقت الإشارة اليه، ص 398. منصور مصطفى منصور ، ص 81.

- Allen : Law in the Making , London , 1949 , P . 23 .

=

خضوع العلاقات الاجتماعية ، شأنها في ذلك شأن الظواهر الطبيعية ، لقواعد ثابتة لا تتغير مع الزمان ولا في المكان ، يستشفها الإنسان بعقله من الطبيعة. ومن هذه القواعد يتكون القانون الطبيعي. فالقانون الطبيعي موجود أصلاً في الطبيعة وما على الإنسان سوى اكتشافه والوصول إليه.

ولأن قواعد القانون الطبيعي تمثل القيم والمثل العليا لما يجب أن يحكم علاقات الأفراد من قواعد ، فلابد من موافقة القواعد الوضعية لقواعد القانون الطبيعي ، لكي يكون التزام الأفراد بالقانون مسوغاً بسبب مطابقته للقانون الطبيعي، القانون المثالي ، الذي يمثل السمو والكمال ، والنموذج الأعلى الذي يحتذي به.

وقد ظهرت فكرة القانون الطبيعي لدى الفلاسفة اليونانيين القدماء أمثال أفلاطون وأرسطو ، وتبلورت في كتابات الرواقيين الذين نادوا بوحدة الناس جميعاً متساوين متآخين يحكمهم قانون واحد طبيعي تتغلغل آثاره إلى النفس البشرية ، يخلصها من شهواتها وجميع المؤثرات الخارجية ، وصولاً للحرية وتحقيقاً للمساواة.

وانتقلت فكرة القانون الطبيعي من فلاسفة اليونان إلى فقهاء القانون الروماني ، الذين قاموا بإعادة صياغتها في قالب قانوني بعيد عن فكر الرواقيين الفلسفي[1] . وقد ظهر ذلك الجهد في كتابات الفقيه

- Charmont : La renaissance du droit naturel , Paris , 1927 - =

Dabin : op . cit . P. 319 et S.

- Ghestin et Goubeaux :

Traité de droit civil , Introduction générale , Paris , 1977, P. 7 e ts .

Roubier : op cit ., P. 119 et s . - Weill : Op . cit ., P. 47 e ts .

(1) ترجع المدرسة «الرواقية» إلى الفيلسوف «زينو» الذى ولد فى قبرص حوالى سنة 350 قبل الميلاد ، وانتقل إلى أثينا ثم إلى «رواق»، ويرجع إلى الرواقيين الفضل فى التمييز بين نوعين من القواعد الطبيعية : الأولى ماتمليه الطبيعة بمعناها الواسع ، أي قواعد القانون الطبيعى التى تحكم العالم=

شيشرون بقوله: إن القانون الطبيعي قانون موافق للطبيعة ، خالد ابدي، ثابت لا يتغير.

وكذلك الفقيه بول الذي عرف القانون الطبيعي بأنه كل ماهو عدل وخير ، كما عرفه الفقيه جايوس بأنه قانون موافق للعقل والفطرة السليمة ، ومشترك بين الشعوب جميعاً.

وقد استفاد فقهاء القانون الروماني من القانون الطبيعي عن طريق مقارنة أحكام قانونهم الوضعي بمبادئ القانون الطبيعي ، متخذينه بذلك وسيلة للارتقاء باحكام قانونهم .

كما اعتنق رجال الكنيسة في القرن الرابع الميلادي فكرة القانون الطبيعي ، بعد أن أضفوا عليه – في بداية اعتناقهم له – صبغة دينية بحته ، حيث خلطوا بين القانون الطبيعي والقانون الإلهي أو السماوي (الديني) بقولهم: إن القواعد السامية التي تحكم علاقات الناس تصل إليهم عن طريق الوحي لاعن طريق العقل.

وفى القرن الثالث عشر قام رجال الكنيسة بالتمييز بين القانون الطبيعي والقانون الإلهي الذي لا سبيل إليه إلا عن طريق الرسل والوحي السماوي ، والذي منه يستمد الإنسان بعقله القانون الطبيعي.

وبمرور الزمن تطورت فكرة القانون الطبيعي وتبلورت على يد العديد من الفقهاء ، يأتي في مقدمتهم الفقيه الهولندي جروتس (1583 - 1645) ، الذي يعد مؤسس مدرسة القانون الطبيعي ورائدها ، وقد أرجع هذا الفقيه العديد من الأنظمة القانونية إلى القانون الطبيعي، حيث رأى فيه مصدرها الحقيقي ، كما استند إليه لإرساء وتطوير قواعد القانون

= بأسره، والثانية ماتمليه الطبيعة بمعناها الضيق ، أي القواعد التى تمليها الطبيعة العاقلة للأنسان.
راجع سعيد الصادق ، هامش ا ص 126 ، واشارته إلى كل من فريدمان ، نظرية القانون، ص 48– 50 ، سالموند ، أصول القانون ، ص 43 ، دياس ، أصول القانون ص 498 ، 499.

الدولي اللازم لحكم العلاقات الدولية التي كانت قد بدأت في الظهور بين الدول المختلفة.

ووجد أنصار القانون الطبيعي فيه دعامة قوية لكبح استبداد الحكام ووضع القيود على تحكمهم وتسلطهم لصالح الأفراد، وظهر ذلك واضحاً من كتابات لوك (1632– 1704) وجان جاك روسو، ومونتسكييه. كما رجع إليه رجال الثورة الفرنسية لجعل السيادة للشعب والاعتراف للأفراد بحقوق طبيعية تنبع من الطبيعة البشرية، سابقة على ظهور الدولة، لا يجوز المساس بها. وكانت هذه الأفكار نواة لظهور المذاهب الفردية.

ونظراً لاختلاف أنصار مدرسة القانون الطبيعي على مر العصور حول تحديد المقصود بهذا القانون ومضمونه بسبب اختلاف مناهج بحثهم، واختلاف الأهداف التي يرمون إليها، فنوضح فيما يأتي بشيء من الإيجاز المقصود بالقانون الطبيعي في مراحل تطوره المختلفة:

أولاً– القانون الطبيعي في الفلسفة اليونانية:

378 – تبدأ فكرة القانون الطبيعي لدى فلاسفة اليونان من تأملاتهم وملاحظاتهم للظواهر الطبيعية من أرض وماء وهواء وفلك وغيرها، حيث رأوا أن هذه المظاهر تخضع لنظام ثابت، لا يتغير يسيرها وينظمها من حيث ظهورها وتكرار حدوثها وتطورها، هذا النظام الذي يسير الظواهر الطبيعية ويضبطها يرجع إلى قوة عليا هي الطبيعة وخلصوا إلى أن الظواهر الطبيعية تخضع لنظام طبيعي، أو لقانون طبيعي مستمد من الطبيعة، أي طبائع الأشياء؛ ولذلك لابد أن تكون هذه القواعد منضبطة وصالحة لتنظيم هذه الظواهر. ثم قام الفلاسفة اليونايين بتطبيق ما يحدث بالظواهر الطبيعية على الأنشطة الإنسانية وقرروا أن هذه الأنشطة تخضع بدورها لقواعد الطبيعة، أي للقانون الطبيعي،

الذي تتميز قواعده بالثبات والخلود وإمكان تطبيقها على مختلف الشعوب ، فلا تتغير بتغير الزمان ولا المكان ، وانتهى فلاسفة اليونان إلى أن هذا القانون الطبيعي الذي ينظم حياة البشر يجب أن تستلهم قواعده ومبادئه عند وضع القوانين الوضعية الخاصة بكل شعب من الشعوب ، وبقدر اتفاق القوانين الوضعية مع القانون الطبيعي أو اختلافها معه بقدر ما تكون هذه القوانين عادلة أو ظالمة ، كاملة أو ناقصة.

غير أن فلاسفة اليونان لم يتفقوا حول قواعد ذلك القانون الطبيعي ومبادئه التي يجب على القوانين الوضعية الاهتداء بها ، بل اختلفت آراؤهم باختلاف فلسفة كل منهم والاتجاه الذي يميل إليه.

(أ) – فلسفة سقراط :

379 – عاش سقراط في الفترة من (470) إلى (399) قبل الميلاد ، وعلى الرغم من أنه كان أول من توصل إلى فكرة «الأخلاق الطبيعية» التي تقوم على طلب الخير والبعد عن الشر ، فإنه جعل القانون الطبيعي في مرتبة تالية للقانون الوضعي الذي سبقه في أولوية التطبيق؛ لذلك فهو يفرض طاعة القانون الوضعي ولو كانت أحكامه ظالمة ، وكانت فلسفته في ذلك أنه لو أوقف تنفيذ القوانين الوضعية على اشتراط أن تكون أحكامها عادلة موافقة للقانون الطبيعي لأدى ذلك إلى خرق هذه القوانين والخروج عليها بحجة أنها قوانين ظالمة تخالف قواعد القانون الطبيعي التي تمثل العدالة[1].

(ب) – فلسفة أفلاطون :

380 – ولد أفلاطون في عام (428) قبل الميلاد، وتتلمذ على يد أستاذه سقراط

(1) روبييه ، فقرة رقم 11 وبعدها.

في الفترة من (367) إلى (361) قبل الميلاد ، وأثرى الفلسفة بأثرين عظيمين هما كتاب «الجمهورية» وكتاب «القوانين» . وقد آمن أفلاطون بأن الفضيلة هي المعرفة.

وفى كتاب الجمهورية عرض فكرته عن العدل والعدالة : فالعدالة لديه نوع من التجريد لا يتفهمه إلا فقيه فيلسوف ، لذلك فهو يرى أن العدالة لا تتحقق إلا في دولة الفلاسفة ، أي دولة يحكمها من هم متعمقون في الفلسفة ، وإلا فلن تكون القواعد القانونية التي توضع قواعد مثالية عادلة. ومؤدى فلسفة أفلاطون أن القانون الوضعي يجب أن تسود قواعده القيم المثلى ، وذلك يتطلب تقيده بالقانون الطبيعي وأفكاره المثلى ، مخالفاً بذلك فلسفة أستاذه سقراط الذي رأى ضرورة احترام القانون الوضعي أيا كانت قواعده عادلة أم ظالمة.

وفى كتاب القوانين وضح أفلاطون وسائل تحقيق العدل المثالي الذي ينشده عن طريق القوانين الوضعية ، والذي معه تصبح هذه القوانين عادلة واجبة الاحترام لاتفاقها مع المثل العليا التي يجب أن تسود كل القوانين الوضعية.

(جـ) – فلسفة أرسطو :

381 – عاش الفيلسوف أرسطو في الفترة من (383) إلى (321) قبل الميلاد، وتتلمذ على يد الفيلسوف أفلاطون ، لذلك فقد بدأ متأثراً بفلسفته إلى حد كبير ، ولكنه قام في مرحلة لاحقة بتطوير أفكاره، وتعميق فلسفته بتطعيم فلسفة أفلاطون المثالية البحتة بمفهوم علمي يقوم على الملاحظة والتجربة ، وقد بلور الكثير من أفكاره في كتابه الشهير «السياسة».

وقد طور أرسطو الفلسفة التي كانت سائدة في عصره نحو العدل والعدالة ، فقرر أنه بجانب العدل التقليدي الذي يختلف من دولة إلى

أخرى وفقاً لظروف كل منها ، يوجد العدل الطبيعي ، الأسمى ، الذي يشمل كل الشعوب. هذا العدل الطبيعي هو الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند إعمال أحكام القوانين الوضعية، فهذه القوانين وإن ابتغت العدل عند وضعها فإن طبيعة قواعدها ، بما تتصف به من عموم وتجريد ، تعجز عن تحقيق العدالة الواقعية الحقيقية ، التي لانجدها إلا في القانون الطبيعي الذي يقوم على المساواة ، ومن هنا يتعين لتفادي ما تتضمنه القوانين الوضعية من ثغرات اللجوء إلى العدالة نستلهم منها الحل العادل الذي يلائم كل حالة خاصة يطبق فيها القانون الوضعي تطبيقاً واقعياً عملياً[1].

382- يتضح لنا مما سبق أن فلاسفة اليونان وإن اتفقوا في وجود قانون طبيعي ، وأن هذا القانون يعد مقياساً يوضح مدى كمال وعدالة القوانين الوضعية، فأنهم اختلفوا في مصدر هذا القانون الطبيعي وما إذا كان العقل أم الطبيعة.

ثانياً - القانون الطبيعي في الفقه الروماني :

383 - تميز القانون الروماني بتعدد قواعده القانونية ، فإلى جانب

---

(1) ونظراً لاعتماد أرسطو على القانون الطبيعي في إصلاح عيوب القوانين الوضعية باستلهام الحلول العادلة منه فقد لقب بابي القانون الطبيعي .

راجع سليمان مرقص ، فقرة رقم 160 ، روبييه ، فقرة رقم 11. وكان مفهوم العدل المثالي لدى أفلاطون ، ومفهوم العدل الطبيعي العام عند أرسطو ، يرتبط بفكرة المدينة اليونانية المحدودة ، ولم تتطرق إلى الكشف عن معيار شامل يمكن على أساسه وضع قانون ينظم علاقات الناس جميعاً بصفتهم أفراداً متساوين في الإنسانية ، مما طوع لأرسطو في مؤلفه «السياسة» أن يبرر الرق ، فاعتبره نظاماً طبيعياً ، حيث إن بعض الناس خلقوا أحراراً لأداء وظائف الحياة المدنية ، والبعض الآخر خلقوا عبيداً للقيام بالأعمال الشاقة في المجتمع. فلما سقطت فكرة المدينة اليونانية المستقلة أمام فتوحات الاسكندر الأكبر ، ظهر مذهب جديد يطلق عليه «الفلسفة الرواقية» اهتم بعالمية الطبيعة البشرية وأخوة الإنسان ، واعتبر أن العقل يمثل الخاصية الأساسية للإنسانية ، وان القانون الطبيعي العالمي يسمو على القوانين المحلية، ويمكن تحقيقه في الواقع بواسطة العقل الذي يمكن الحكم على مدى عدالة القانون الوضعي». راجع محمد الألفي ، ص 95 .

القـواعـد المعـروفـة باسـم «القـانـون المدني» ظهـرت قـواعـد «قـانـون الشـعـوب» "jus gentium" وقواعد «القانون الطبيعي».

القانون المدني :

384 – المقصود بالقانون المدني – بصفة أساسية – تلك القواعد التي تضمنها قانون الألواح الاثني عشر الذي وضعته لجنة «العشرة «التي اختارها العوام والأشراف من طبقة الآباء لتقوم بتدوين القواعد العرفية التي كانت تطبق في مدينة روما[1] في منتصف القرن الرابع قبل الميلاد.

وتميزت قواعد القانون المدني التي تطبق فقط على الرومان فيما بينهم ، بالشكلية الصرف التي يترتب على إغفالها عدم تطبيق هذه القواعد وضياع الحق على صاحبه ، ولهذا فقد أدت هذه الشكلية إلى توجيه النقد إلى قواعد القانون المدني من الفقهاء الرومان لكونها تؤدي إلى نتائج تناقض العدالة والقانون الطبيعي؛ لذلك استند هؤلاء الفقهاء على القانون الطبيعي للحد من مساوىء ما تضمنه القانون المدني من شكلية مفرطة.

قانون الشعوب :

385 – أوضحنا أن القانون المدني اقتصر على الرومان فيما بينهم ، أما الأجانب الذين كانوا يقيمون في روما فكان يطبق عليهم مجموعة من القواعد الأخرى سواء في علاقاتهم بعضهم ببعض ، أو في علاقاتهم بالنسبة للرومان ، وقد تميزت هذه القواعد التي سميت بقانون الشعوب

(1) وقد تكونت هذه اللجنة في سنة (440) قبل الميلاد إثر قيام الشعب بثورة على طبقة الإشراف في روما ، بسبب ما كان يقوم به أحبار هذه الطبقة باحتكار تفسير القواعد والأعراف بما يحقق مصالحهم ودون مراعاة مصالح طبقة العوام من الشعب. وكان نتيجة هذه الثورة ان تم اختيار لجنة «العشرة» للقيام بمهمة تقنين القواعد العرفية صياغة محكمة واضحة المضمون. وقد استهدت لجنة «العشرة» عند تقنينها للقواعد العرفية بالقوانين التي وضعها «صولون» الذي تولى الحكم في اليونان عام (1594) قبل الميلاد.

بالبساطة والبعد عن الشكليات التي تميزت بها قواعد القانون المدني.

وقد تأثر الرومان عند وضعهم قواعد قانون الشعوب بالفلسفة الرواقية التي سادت الفكر اليوناني، والتي كانت تقرر وجود قواعد عامة مشتركة صالحة لحكم جميع الشعوب، هذه القواعد هي التي أطلق عليها تسمية القانون الطبيعي استناداً إلى أن هذه القواعد ليست من وضع البشر، وإنما مصدرها طبائع الأشياء.

القانون الطبيعي:

386 – بدأ ظهور القانون الطبيعي لدى الرومان باعتباره وسيلة معاونة يستعان بها لتهذيب قواعد القانون المدني ذات الشكلية المفرطة من ناحية، والاستهداء به عند وضع قواعد قانون الشعوب من ناحية أخرى، ثم ظهر القانون الطبيعي في كتابات بعض الفقهاء مستقلاً عن القانون المدني وقانون الشعوب[1] باعتباره قانوناً يستمد أحكامه من الطبيعة، يهتدي إليه الإنسان بعقله وفطرته، ويتميز بمطابقته للعدل وتحقيقه للخير، فظهرت فكرة القانون الطبيعي مستقلة في كتابات شيشرون «وبول» وجايوس «وأولبيان» كما وجدت قواعده طريقها إلى القانون «البريتورى» الذي كان يطبق على الرومان أنفسهم[2].

---

(1) هناك من الفقه من يرى أن القانون الطبيعي كان يقصد به قانون الشعوب وليس قانوناً مستقلاً عنه، استناداً إلى أنه كان يستلهم قواعده وأحكامه من العقل والطبيعة، وهو ما يحدث بالنسبة للقانون الطبيعي الذي كان معروفاً لدى فلاسفة الرومان. غير أن استقلال القانون الطبيعي عن قانون الشعوب هو الأكثر والأقرب إلى الواقع لأن قانون الشعوب كان يتضمن قواعد قانونية موضوعية، وإن كانت متأثرة بفلسفة القانون الطبيعي، أما هذا الأخير فكان يتمثل في ذلك الوقت في مجرد أفكار فلسفية أخلاقية لاترقى إلى القواعد القانونية بما تتميز به من وضوح وتحديد.

(2) ويظهر التمييز بين القانون المدني وقانون الشعوب والقانون الطبيعي في بعض نصوص مجموعة جوستنيان، فقد جاء فيها: «إن القانون الطبيعي هو السنن التي ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية... وتدل المشاهدة على أن كل الكائنات الحية مدركة لهذا القانون، أما القانون المدني فهو القانون الذي تتخذه كل أمة لنفسها... وأما قانون الشعوب فهو القانون الذي اهتدى بنو الإنسان بمحض عقولهم إلى ضرورة وضعه فيما بينهم... وقد تولد عنه نظام الأسر والرق، وهما أمران مخالفان للقانون=

ثالثاً – القانون الطبيعي في الفكر الكنسي :

387– انتقلت فكرة القانون الطبيعي من فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان إلى رجال الكنيسة الكاثوليكية في العصور الوسطى ، ولكنها اصطبغت لديهم بصبغة دينية بحتة صورت قواعده بأنها تنزيل من عند الله.

ويمكننا التمييز فيما يتعلق بموقف رجال الكنيسة من القانون الطبيعي بين مراحل ثلاث على الوجه الآتي :

المرحلة الأولى :

388 – لم يهتم رجال الكنيسة في البداية ، وتحديداً خلال القرن الرابع الميلادي، بأفكار القانون الطبيعي ، فكان السائد لدى الفقه الكنسي الزهد في الدنيا ومتاعها والاتجاه بتفكيرهم نحو الآخرة ومملكة الرب ، فقام رجال الكنيسة بالفصل بين السلطة الدينية والسلطة الزمنية ، واضعين نصب أعينهم الحكمة القائلة : « دع ما لقيصر لقيصر ، وماالله لله». ولأن رجال الكنيسة ابتعدوا عن الدنيا ومتاعها وزهدوا في مناصبها ، فقد عادوا قوانينها ، ونظروا إليها على أنها شرور ارتبطت بخطايا الإنسان وانغماسه في ملذات الحياة. وكان من نتيجة بعد رجال الكنيسة عن الحياة الدنيا أن تجاهلوا في هذه المرحلة فكرة القانون الطبيعي على الرغم من تعرضهم لها عند دراستهم لأفكار المذهب الرواقي[1].

= الطبيعي؛ اذ أن الناس جميعاً ، بحسب هذا القانون ، يولدون في الأصل أحراراً. راجع عبد العزيز فهمي ، مدونة جوستنيان ، القاهرة 1946، الكتاب الأول ، الباب الثاني ، فقرة 221.

(1) kalinowski : Le fondement objectif du droit d'aprés la somme theologique de Saint Thomas d' Aquin , Archives de philosophié du droit, T. XVIII , Paris , 1973 , p. 59 et s .

- Ambrosetti : Y - a - t - il un droit naturel Chretien ? , op, cit ., p. 77 et s. - M. Halbecq : Le divin et les conceptions du droit naturel , op. cit ., p. 165 et s .

دنيس لويد ، المرجع السابق ، ص 97. محمد الألفي ، ص 97.

المرحلة الثانية :

389 – تبدأ المرحلة الثانية من مراحل تطور فكرة القانون الطبيعي لدى رجال الكنيسة ببداية ظهور نفوذ الكنيسة على الحاكمين والمحكومين ، فقد شعر رجالها بحاجتهم إلى ترسيخ نفوذهم وبسط سلطتهم ، خاصة مع بدء ظهور أفكارهم التي تنادى بكنيسة واحدة ، وعقيدة واحدة، ومملكة واحدة تشمل كل العالم ، فقد وجد رجال الكنيسة في أفكار القانون الطبيعي التي تقوم على العدل والمساواة ما يمكنهم من تحقيق غايتهم ، فتلقفوا هذه الأفكار التي سبقهم إليها اليونانيون والرومان ، بعد إعادة صياغتها بما يتمشى مع معتقداتهم الدينية ، فالقانون الطبيعي مصدره الطبيعة ، والطبيعة من خلق الله ، فيكون القانون الطبيعي من خلق الله ، وهكذا جعل رجال الكنيسة من القانون الطبيعي وقواعده فكرة دينية ، وأصبح قانوناً إلهياً ، وباعتبار القانون الطبيعي قانوناً إلهياً فتكون له السيادة على القوانين الوضعية ، ومن ثم تخضع السلطة الدنيوية التي تضع هذه القوانين للكنيسة التي يحق لها أن تلغى كل ما يخالف القانون الطبيعي الإلهي ، وبذلك يكون للكنيسة السلطة والسيادة على الدولة. وهكذا تحولت فكرة القانون الطبيعي على يد رجال الكنيسة إلى فكرة دينية بحتة (1) .

---

(1) وتظهر هذه الصفة الدينية للقانون الطبيعى واضحة فى مؤلف القديس أوغسطينوس «مدينة الله» الذي وضعه فى القرن الرابع الميلادي ، بصفة خاصة عند مقارنته بين فكر أفلاطون عن العدل المثالى ، وفكر الكنيسة عن مدينة الرب على الأرض، حيث تسود العدالة المسيحية ويمتد سلطانها ، فوفقاً لهذه الفلسفة الأخيرة يتعين تطبيق العدالة كما شرعها الله ، «لأن الدولة بدون عدل تكون عصابة من قطاع الطرق. والعدالة التى جاءت فى أحكام القوانين الوضعية لتنظيم الملكية والرق والعقوبات المختلفة تعتبر عدالة ناقصة ، لصدورها عن الانسان الذى لابسته الخطيئة ، وإن كانت ترجع فى أصلها إلى الضمير الإنسانى الذى فطرته يد الله. وهكذا أصطبغت فكرة القانون الطبيعى بصبغة دينية فهو مفروض بإرادة الله ، ولايملك سلطة تفسيره إلا البابا ، ممثل الرب على الأرض ، وعلى الحكام أن يلتزموا به، ويطبقوا أحكامه على الرعية ، حتى لايتعرضوا لغضب الله وعقوبة الكنيسة».

المرحلة الثالثة :

390- تتميز المرحلة الثالثة من مراحل تطور القانون الطبيعي لدى الفقه الكنسي بتأثر هذا الفقه بالدراسات التحليلية التي قام بها فقهاء الإسلام للفلسفة اليونانية عن القانون الطبيعي ، فقد شهدت هذه المرحلة تطوراً ملحوظاً لفكرة القانون الطبيعي ، وبصفة خاصة لدى القديس توماس الاكوينى[1] الذي عاش في الفترة من (1225) ، إلى (1274) قبل الميلاد ، فقد انتقد القديس توماس ماكان سائداً في عصره من تقليل من أهمية القانون الوضعي واعتباره قانوناً معيباً لصدوره من الإنسان المتلبس بالخطيئة ، على عكس القانون الطبيعي الإلهي المصدر، ودافع القديس توماس عن القانون الوضعي ، وجعل له مكانته إلى جانب القانون الطبيعي ، من ناحية أخرى فقد ميز القديس توماس الأكويني بين القانون الطبيعي والقانون الإلهي ، وهكذا وجد لدى الأكويني ثلاثة أنواع من القوانين تتدرج إلى الآتي :

(1) - القانون الإلهي :

ويمثل مشيئة الله التي تصل إلى البشر عن طريق الوحي والشعور ، ولايمكن للعقل البشرى أن يدركها ، ويتضمن هذا القانون قواعد العقيدة والإيمان بالله سبحانه وتعالى.

(2) - القانون الطبيعي :

وهو غاية ما يدركه العقل البشرى من مشيئة الله ، أي من القانون الإلهي، ولذلك فهو قانون عقلاني يستدل إليه العقل الانسانى من طبائع الأشياء.

---

(1) دينيس لويد ، المرجع السابق ، ص 98/ 99 .

- Mansion : Le commentaire de St . Thomas sur le " De sensus et sansato " d' Aristote , in : Melanges Mandonnet, Paris , 1930 .

- لويس غرديه وج قنواتي ، فلسفة الفكر الدينى بين الاسلام والمسيحية ، ترجمة صبحي الصالح وغريد جبرلا ، بيروت 1967، جـ1 ، ص 226 - 246.

(3) – القانون الوضعي :

وهو ما يضعه الإنسان في ضوء قواعد ومبادىء القانون الطبيعي ، لذلك يتعين ألا تتعارض قواعد القانون الوضعي مع أحكام القانون الطبيعي حتى يمكن العمل بمقتضاه[1] .

رابعاً – القانون الطبيعي في عصر النهضة العلمية :

391 – تميز عصر النهضة العلمية في أوربا ، وبصفة خاصة في القرن السادس عشر ، ببعض التغيرات الاجتماعية والسياسية التي آثرت في مفهوم القانون الطبيعي سلباً وإيجاباً ، فقد تميزت هذه الفترة بزوال النظام الإقطاعى وظهور الدول الحديثة من ناحية ، واتساع العلاقات الدولية من ناحية أخرى ، وقد أدى كل من هذين العاملين إلى احتياج الدولة لمزيد من القوة لدعم معركتها من أجل استقلالها عن النفوذ الكنسي في الداخل ، ومواجهة الدول الأخرى من الخارج؛ لذلك انبرى عدد من الفقهاء والفلاسفة للدفاع عن سيادة الدولة وإطلاق سلطانها من كل قيد ، من هؤلاء الفلاسفة : مكيافيلى ، وبودان ، وهوبز.

مكيافيلى : نادى مكيافلى الذي عاش في الفترة من (1469) إلى (1527) ، في كتابه «الأمير» بالسلطة والسيادة المطلقة للدولة ، وأجاز للحاكم اللجوء إلى أسلوب الخديعة وأسلوب القوة لتحقيق سيادة الدولة، ويسوغ ذلك بقوله : الغاية تبرر الوسيلة ، ومادامت القوة

---

(1) تعرضت فكرة القانون الطبيعى لانتكاصة قوية فى بداية القرن الرابع عشر نتيجة آراء سكوت وأوكام ، فقد رأى هذان الفيلسوفان أن القانون ليس مجرد قاعدة تقتضيها الطبيعة ويكشف عنها عقل الإنسان ، وانما هو أمر أو إملاء إرادة ، والإرادة قابلة بطبيعتها للتحول ، وخلصا بذلك إلى عدم صحة القول بوجود قانون طبيعى ثابت ازلى لايتغير ، وان القانون وضعي بطبيعته لأنه وليد إرادة بشرية. غير أن فكرة القانون الطبيعى استردت مكانتها على ايدى رجال الكنيسة الأسبانية فى عهد النهضة العلمية ، وبصفة خاصة الفقهاء فرانسوا دى فيتوريا ، وسيواريز ، وفاسكيز ، وسوتو.
راجع سليمان مرقس ، فقرة رقم 162.

ضرورية فتكون عادلة ومشروعة [1].

بودان : نادى بودان الذي عاش في الفترة من (1530) إلى (1596) في كتابه «الجمهورية» بضرورة إطلاق سلطة الحاكم وعدم خضوعه للقوانين الوضعية، فباعتباره مصدر هذه القوانين فهو أعلى منها، فلا يتقيد بها، وعلى العكس من ذلك فهو مقيد بالقانون الطبيعي الذي يفرض عليه التزامات خلقية[2] .

هوبز : لجأ الفقيه الإنجليزى هوبز ، الذي عاش الفترة من (1588) إلى (1679) ميلادية إلى فكرة العقد الاجتماعي ليسوغ لملوك إنجلترا سلطة مطلقة وحكماً استبدادياً بتقريره أن أفراد الشعب تنازلوا للحاكم عن حقوقهم وحرياتهم مقابل الخروج بهم من حالة الحروب والفوضى التي كانوا بها إلى الاستقرار والأمن ، ولما كان ذلك قد تم باتفاق بين الحاكم وأفراد الشعب ، فإن مبادىء القانون الطبيعي توجب احترام هذا الاتفاق ، ويتعين على الأفراد الخضوع لأوامر الحاكم ونواهيه، وعدم المطالبة بحقوق أو حريات تنازلوا عنها مقابل أمنهم واستقرارهم.

392 – غير أن الاستناد إلى القانون الطبيعي لتسويغ الظلم والاستبداد من قبل الحاكم لم يدم طويلاً ، إذ سرعان ما ظهر من ينادى بوقف هذا الاتجاه غير العادل مستنداً في ذلك إلى مبادىء القانون الطبيعي نفسها بعد توضيحها وإستجلاء حقيقة مفهومها الذي لايمكن أن يتخذ مسوغاً للظلم والاستبداد. وكان ابرز أنصار هذا الاتجاه الفقيه جروسيوس :

جروسيوس : يعد الفيلسوف الهولندي جروسيوس الذي عاش في الفترة من (1583) إلى (1645) ميلادية أول من استند إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة للدفاع عن حقوق الأفراد وحرياتهم ،

(1) Chevallier : les grands oeuvres politiques de Machaivelle a' nos jours , 1949 , p. 27 .

(2) شفالية ، المرجع السابق ، ص 38 وبعدها.

كما استند إليها لتنظيم العلاقات التي تنشأ بين الدول ذات السيادة ، وقد دون آراءه هذه في كتابه الشهير«الحرب والسلام» الذي اعتنق فيه فكرة القانون الطبيعي كما كانت في نشأتها الأولى لدى فلاسفة اليونان، أي مجردة عن الصبغة الدينية التي أضافها عليها رجال الكنيسة ، فعرف «جروسيوس» القانون الطبيعي بأنه القواعد التي يوصى بها العقل السليم والتي يمكن في ضوئها الحكم إذا ما كان عمل ما عادلاً أم ظالماً ، فإذا كان العمل معقولاً موافقاً للقانون الطبيعي كان عادلاً ، وإن كان غير معقول لمخالفته للقانون الطبيعي كان ظالماً. ويمكن إيجاز المبادىء الأساسية التي قررها جروسيوس في الآتي :

- يمثل القانون الطبيعي المثل الأعلى للقوانين الوضعية ، لذلك يجب أن يتقيد واضعو هذه القوانين بأحكام القانون الطبيعي.
- يمنح القانون الطبيعي للأفراد ومنذ مولدهم مجموعة من الحقوق والحريات الملازمة لهم، والتي لا يجوز لهم التنازل عنها لكونها حقوقاً طبيعية لهم تقررها طبائع الأشياء ، كما لا يجوز الاعتداء على هذه الحقوق والحريات من أي شخص أياً كان .
- يقضي القانون الطبيعي بوجوب احترام العقود والتعهدات التي تنشأ بين الدول في السلم والحرب على حد سواء، وقد جعل هذا المبدأ من الفقيه جروسيوس مؤسس القانون الدولي في عهده الحديث[1].

393 – وترتب على تخلص القانون الطبيعي من الصبغة الدينية التي كان يصطبغ بها في العصور الوسطى ، أن أصبح نظاماً قانونياً، وليس مجرد فكرة دينية أو فلسفية؛ لذلك فقد وجد رواجاً لدى الفقهاء، واعتنقه العديد من الفلاسفة ، ومهد ذلك إلى ظهور المذهب الفردي الذي ينادى

---

(1) أُخِذَ على جرسيوس أنه خلط فى أفكاره وآرائه بين القانون الطبيعى والقواعد الدينية والقواعد الاخلاقية، ومن ثم فلا يكون قد ابتعد كلية عن فكر رجال الكنيسة .

بحماية الفرد والحفاظ على حقوقه الطبيعية[1] ، واستند أنصار هذا المبدأ على كل من القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي الذي يقوم بين الحاكم والأفراد ، ليس لتقوية سلطة هذا الأخير ، وإنما للدفاع على حقوق الأفراد وحمايتها ، ويظهر ذلك واضحاً لدى كل من «لوك» و«جان جاك روسو».

جان «لوك»: دافع الفقيه الإنجليزى "Locke" الذي عاش في الفترة من (1632) إلى (1740) عن الحقوق الطبيعية الأفراد ، ودون أفكاره في كتابه «شرح الحكومة المدنية» الذي وضح فيه أن الأفراد في تعاقدهم مع الحاكم لم يتنازلوا عن كل حقوقهم وحرياتهم ، وإنما تنازلوا عن جزء فقط مقابل تمتعهم بالجزء الأكبر منها ، ويتعين على الحاكم أن يسعى جاهداً في سبيل حماية هذه الحقوق الملازمة للأفراد ، فان قصر يكن قد أخل بالعقد، واستحق الجزاء من الأفراد الذين يحق لهم فسخ العقد والثورة ضده التي ستكون في هذه الحالة مشروعة.

وقد وجدت أفكار «لوك» طريقها إلى الدستور الامريكى الذي جاء إثر الثورة الأمريكية ، فقد أكد هذا الدستور على سلطة الشعب، وأحاط حقوق الأفراد وحرياتهم الطبيعية بضمانه وحماية دستورية تحول دون الاعتداء عليها أو المساس بها.

«جان جاك روسو »: يرجع إلى الفيلسوف جان جاك روسو[2] ، الملقب بفيلسوف الثورة الفرنسية ، فضل إعادة صياغة نظرية العقد الاجتماعي بما يجعل السلطة والسيادة بيد الشعب، وينكر شرعية الحكم الفردي.

---

(1) يجد المبدأ الفردي سنده في الأفكار والمبادىء التى نادى بها القانون الطبيعي؛ لذلك فهو يقرر أن الناس يولدون أحراراً ومتساوين فى الحقوق والواجبات وأن لهم حقوقاً طبيعية لايمكن إنكارها أو سلبها.

(2) ولد جان جاك روسو فى جنيف عام 1712 وتوفى فى عام 1778.

وتقوم نظرية «روسو» على أساس أن أفراد الشعب لم يتنازلوا بمقتضى العقد الذي أبرموه عن حقوقهم لحاكم فرد ، وإنما تنازل كل منهم عن حقوقه لصالح مجموعهم ، أي لصالح الجماعة والمجتمع ، الذي يتعين عليه إعادة هذه الحقوق بعد بلورتها في صورة من الحرية والمساواة التي تسود المجتمع ، وبمعنى آخر ، إذا كان الأفراد قد تنازلوا عن بعض حقوقهم فإن ذلك تم بقصد تكوين مجتمع منظم يحفظ الحقوق والحريات التي أحتفظ بها الأفراد، والتي لا يحق لهم التنازل عنها.

وكان من نتاج أفكار «روسو» أن صدر في فرنسا إعلان حقوق الإنسان والمواطن(1) سنة 1789 مقرراً في مادته الثانية أن : «الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الأزلية ، وهذه الحقوق هي الحق في الحرية والمساواة والملكية والأمن والاعتقاد ومقاومة الطغيان».

وهكذا اعتنق رجال الثورة الفرنسية أفكار «روسو» وجعلوا السيادة في يد الشعب ، وقيدوا هذه السيادة بمبادىء القانون الطبيعي حتى لا تتحول إلى سلطة مستبدة.

خامساً – القانون الطبيعي في الفقه الحديث :

394 – تعرضت نظرية القانون الطبيعي – خلال القرن التاسع عشر – لهجوم ونقد شديدين من أنصار المدرسة التاريخية الذين يرون أن القانون وليد المجتمع ينشأ معه، ويتطور بتطوره ، ويتغير بتغيره ، وليس صحيحاً أنه ثابت أذلي لا يملك الإنسان حياله شيئاً.

وكان لزاماً على أنصار مذهب القانون الطبيعي ، للدفاع عنه

(1) La declaration des droits de l'homme et du citoyen

والاستمرار به ، من التعديل في مبادئه لتفادي نقد المدرسة التاريخية والتوفيق بين ما وصفوه به من ثبات وعموم ، وما يفرضه التاريخ من تطور وتغيير.

لذلك فقد ظهر لإحياء القانون الطبيعي اتجاهان :

الأول : القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.

الثاني : القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد.

(أ) – القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير :

395– في محاولة للتوفيق بين القول بثبات وخلود القانون الطبيعي في الزمان وعدم اختلافه من مكان إلى آخر ، لجأ المحدثون من أنصار القانون الطبيعي إلى القول بأن الثبات وعدم التغيير الذي يتصف به القانون الطبيعي يلحق بالفكرة الأساسية التي يقوم عليها ، وهى فكرة العدل ، فالعدل فكرة ثابتة غير قابلة للتغيير، أو اختلاف وجهات النظر حولها ، أما التغيير الذي يحدث في القوانين فيرجع إلى تطبيق فكرة العدل ذاتها ، وتنوع وجهات النظر فيما يعد عادلاً، وما لا يعد كذلك.

وإيجازاً لما سبق ، فإن القانون الطبيعي يكون ثابتاً في فكرته ، أي العدل أو القانون العادل ، متغيراً في مضمونه أي في تطبيق فكرة العدل ذاتها[1].

ولا يخفى أن القول بتغير مضمون العدل ، أو القانون العادل ، في

---

(1) راجع فى القانون الطبيعى ذي المضمون المتغير : جينى: العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ، جـ(2) فقرة رقم 98 وبعدها – روبييه ، فقرة رقم 16 وبعدها – دابان ، فلسفة النظام القانونى الوضعى، فقرة رقم 71 وبعدها.

وقد وجدت فكرة القانون الطبيعى ذى المضمون المتغير صياغتها المتكاملة لدى الفقيه الالمانى ردولف ستاملر. راجع للمزيد من التفاصيل :

Stammler : The critical theory of law , Michigan law rev . 1923 , vol . 21 , P.881

الزمان والمكان، يقضي على جوهر القانون الطبيعي، ويبعده عما نادى به أنصاره التقليديون من ثبات قواعده في الزمان والمكان، كما يؤدي إلى غموض فكرة العدل ذاتها، وقد دفع ذلك ببعض أنصار القانون الطبيعي إلى الاتجاه وجهة أخرى تبعده عن النقد السابق، وكانت وسيلتهم في ذلك التضييق في مضمونه بجعله ذا مضمون محدد.

(ب) - القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد :

396 - أمام النقد الموجه إلى فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير اتجه فريق من الشراح إلى الدفاع عن القانون الطبيعي بعد تصويره تصويراً جديداً يحفظ له فكرته التقليدية، باعتباره قانوناً عاماً ثابتاً، ويخلصه في نفس الوقت من كل نقد.

وتتبلور فكرة هذا الاتجاه الحديث للقانون الطبيعي في اعتباره مجموعة من المبادىء والموجهات العامة يسترشد بها عند وضع القواعد والحلول القانونية، ونظراً لعموم هذه الموجهات والمبادىء وصلاحيتها لكل زمان ومكان، فهي لا تعد قواعد متكاملة، لكونها تقف عند الكليات والمبادىء العامة، ولا تنزل إلى التفصيل والتفريع، وتبعد عن الجزيئات.

وهكذا، بعد أن كان القانون الطبيعي يصور في فكرته التقليدية على أنه مجموعة من القواعد المثلى السامية الصالحة للتطبيق وحل المنازعات في كل زمان ومكان، أصبح يقتصر على مجموعة من الموجهات السامية يقف دورها عند حد كونها مثلاً أعلى، وموجهاً عاماً، يجب مراعاته والاسترشاد به عند وضع القواعد القانونية التي تطبق لحل المنازعات[1].

---

(1) روبييه، فقرة رقم 16 وبعدها - بيدان، رقم 21 وبعدها، كابيتان، رقم 9 وبعده.

ومن أمثلة المبادىء والموجهات العامة التي يقررها القانون الطبيعي: مبدأ احترام العهد، ومبدأ عدم الإضرار بالغير، ومبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير، ومبدأ احترام شخص الإنسان. =

بهذا التصوير الحديث يقترب القانون الطبيعي من فكرة العدالة ، التي يجب أن تسود كل ما يوضع من قواعد وحلول قانونية.

397 – وقد وجدت فكرة القانون الطبيعي بمفهومه الحديث تقبلاً ورواجاً في عصرنا الحديث خاصة بعد الحرب العالمية الثانية ، وما ترتب عليها من سقوط بعض الدكتاتوريات، وتصفية الحركات الاستعمارية ، وتعميق الاعتراف بالحقوق الطبيعية للأفراد والشعوب ، فقامت الدول بتضمين دساتيرها مبادئ القانون الطبيعي ، وتعالت صيحات المطالبة بالحقوق والحريات ، الجماعية والفردية ، وظهرت المؤسسات الدولية، وعلى رأسها هيئة الأمم المتحدة بأجهزتها المتعددة لمعالجة المشاكل التي تثور بين الدول والعمل على إرساء الاستقرار والأمن الدوليين.

398 – وقد وجدت أفكار ومبادىء القانون الطبيعي مكاناً لها في العديد من التشريعات العربية التي جعلت «مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة أحد مصادرها التي يجب اللجوء إليها ، وكان أول تقنين لها في المادة الأولى من التقنين المدني المصري ، ومنه انتقلت إلى عدد من التشريعات العربية الأخرى، كالتقنين السوري، والليبي، والعراقي، والجزائري.

وفى الكويت كانت المادة الرابعة من قانون التجارة الملغى رقم (2) لسنة 1961 تنص على تطبيق مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يوجد نص أو عرف يمكن تطبيقه ، غير أن القانون المدني الحالي رقم (67) لسنة 1980 جاء خلواً من هذا النص، وقد سوغت مذكرته الإيضاحية ذلك بقولها : «هذا ولم يشأ المشروع – بعد ذلك – أن يجارى التقنين المصري وبعض التقنينات العربية الأخرى في أحالتها إلى

= وهناك من أنصار مذهب القانون الطبيعى من حدد مضمون المذهب فى موجه أو مبدأ واحد ، هو الخير المشترك ، لدى البعض ، واحترام شخص الإنسان لدى بعض آخر.

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لما يؤخذ على هاتين العبارتين من غموض وإبهام ، ولأن مثل هذه العبارات لاترد القاضي إلى ضابط يقيني ، وإنما تقتصر – في الحقيقة – على إلزامه أن يجتهد رأيه لتقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهو ما يسره المشروع للقاضي في أرحب نطاق».



المبحث الثالث

المذاهب الواقعية

تمهيـد :

399 – على نقيض مدرسة القانون الطبيعي ، تتجه المذاهب الواقعية في تأصيل القانون إلى البحث والتنقيب عن العوامل المختلفة التي تساهم في صنع القانون وإرساء قوته الملزمة ، فالقانون ، لدى المذاهب الواقعية ، من صنع الواقع، أي نتيجة عوامل واقعية وقوى ملموسة ، وليس أفكاراً مجردة ثابتة يستخلصها العقل البشري.

وفى تحديد العوامل الواقعية الملموسة التي تصنع القانون ، تعددت آراء الفقهاء، واختلفت اتجاهاتهم: فمنهم من اتجه نحو الواقع التاريخي، ومنهم من اتجه نحو الواقع الاجتماعي.

والآتي كلمة عن كل اتجاه من الاتجاهين السابقين :

المطلب الأول

الواقعية التاريخية

«المدرسة التاريخية»

تمهيد :

400 – كان من آثار مدرسة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر ظهور حركة تدعو إلى تقنين القوانين الوضعية ، ولقيت هذه الفكرة ترحيباً لدى الكثير من الفقهاء. وعلى إثر نجاحها في فرنسا ، بظهور تقنينات نابليون الشهيرة ، نادى بعض الفقهاء الألمان بتطبيقها في بلدهم ، فهب الفقيه سافيني لمناهضة ذلك الاتجاه الداعي إلى التقنين، موجهاً هجومه لمبادىء مدرسة القانون الطبيعي التي كان من نتيجتها الدعوة إلى التقنين ، وركز سافيني جهوده على توضيح عدم صحة القول بوجود قانون طبيعي ثابت لا يتغير، فالقانون لديه في تطور مستمر ، وقابل للتغيير من زمن إلى آخر، ومن أمة إلى أخرى ، فهو يرتبط روحياً بكل أمة، ينشأ داخلها، ويتفاعل معها؛ ليتلاءم مع ظروفها ومتغيراتها المختلفة. فالقانون ينشأ في ضمير الجماعة أو الأمة نشوءاً غريزياً لاشعورياً، ينمو ويتطور ذاتياً غير إرادي، يتوافق مع الجماعة ويتغير بتغيرها ، ويتطور بتطورها ، لذلك فإن لكل شعب قانونه الخاص الذي يعبر عن روحه وطباعه، ومعنوياته ويتلاءم مع مادياته[1].

---

(1) ترجع المدرسة التاريخية إلى أفكار وتعاليم الفقيهين «يورك» (1730ـ 1797) م ، «ومونتسكيو» (1689ـ 1755) م فقد أوضح الفقيه الإنجليزي يورك أن النظام الاجتماعى ليس عملاً تحكمياً ، وانما هو نتيجة الاتفاق والتفاهم بين الأفراد فيما بينهم. وفى الاتجاه نفسه يقرر الفقيه الفرنسى مونتسكيو فى كتابه «روح القوانين»: «إن القوانين يجب أن تلائم الشعب الذى وضعت من أجله ، بأن تتناسب مع طبيعة بلده ومستوى حضارته، وتعاليم دينه ، وعادات أفراده».

كما نجد تأثراً واضحاً للمدرسة التاريخية لدى كل من الفقيه الايطالي «فيكو«(1668ـ 1744) ، والفقيه=

ولكون القانون الطبيعي ينشأ وينمو ذاتياً ، فإن العرف يكون هو المصدر الرئيسي للقواعد القانونية لدى أنصار المدرسة التاريخية ، التي تقصر دور المشرع على تقنين ما يظهر في المجتمع من قواعد عرفية. ولأن التقنين يترتب عليه جمود القانون وعدم تطويره ليساير المجتمع وحاجاته المتطورة ، فقد نبذته المدرسة التاريخية وحاربته.

مبادىء المدرسة التاريخية :

401 – يمكن إيجاز المبادىء الأساسية التي نادت بها المدرسة التاريخية في الآتي[1] :

(أ) – يرجع القانون في نشأته وتطوره إلى البيئة التي وجد من أجلها ، فهو ليس قانوناً طبيعياً يتسم بالكمال والثبات والسمو ، كما نادت المدرسة الطبيعية ، وليس وليد إرادة الحاكم أو المشرع ، كما قررت المذاهب الاستبدادية ، وهو ليس كذلك نتيجة الاستنباط العقلي والتفكير المنطقي ، وإنما القانون وليد البيئة الاجتماعية، ينشأ ويتطور من خلالها ، فهو ثمرة التطور التاريخي.

(ب) – لأن القانون وليد المجتمع وثمرة تطوره التاريخي ، فهو يجد مصدره الأساسى في العرف ، القانون الشعبي الأصيل الذي

= الفرنسى «بورتاليس» أحد واضعى قانون نابليون.

أما من يرجع له فضل إقامة المدرسة التاريخية باعتبارها مذهباً واضح المعالم فى تأسيس وتأصيل القانون فهو الفقيه الالمانى سافينى (1779–1860) م ، فهو يعتبر بحق مؤسس المدرسة التاريخية ليواجه بها مدرسة القانون الطبيعي، ويرد على دعوة الفقيه تيبو بتقنين التشريعات الألمانية على غرار ماحدث في فرنسا.

وقد لاقت المدرسة التاريخية قبولاً وتأييداً من بعض كبار رجال القانون فى ألمانيا مثل «هوجو»، و«بوشتا»، وخارج المانيا ، مثل الفقيه الفرنسى «سالى».

(1) راجع روبييه ، المرجع السابق ذكره ، رقم 13 ، كابيتان ، المرجع السابق ذكره ، فقرة رقم 6 بيدان ، المرجع السابق ذكره ، فقرة رقم 123.

يعبر عن ضمير ورغبة الجماعة في الخضوع لنظام معين ، أما دور المشرع فيقتصر على صياغة هذه القواعد العرفية في صورة قواعد تشريعية مكتوبة ، والتدخل لتعديلها كلما اقتضت ظروف المجتمع ذلك.

(جـ) – يتعين عند تفسير النصوص التشريعية عدم الوقوف عند إرادة المشرع وقت وضع هذه النصوص ، وأن يتم التفسير في ضوء تطورات المجتمع وحاجياته اللاحقة المستجدة.

تقييم المدرسة التاريخية :

402 – يرجع للمدرسة التاريخية فضل توجيه الأنظار إلى ما تضمنه فقه القانون الطبيعي من عيوب وتناقضات سبقت الإشارة إليها ، كما ينسب إليها فضل التنبيه – كذلك – إلى أهمية الدراسة التاريخية للقانون.

403 – غير أنه يؤخذ على المدرسة التاريخية إغفالها التام لكل أفكار مذهب القانون الطبيعي ، وكذلك إغفالها ما للإرادة الإنسانية من دور مهم في خلق وإنشاء القواعد القانونية ومساهمة فعالة في تطوير هذه القواعد ، لذلك فقد جانبها الصواب فيما ذهبت إليه من جعل العرف المصدر الرئيسي للقانون وإهمال التشريع كلية.

المطلب الثاني

الواقعية الاجتماعية

تمهيد :

404 – ظهر فقه الواقعية الاجتماعية لتفادى النقد الذي وجه للواقعية التاريخية التي أهملت أثر الإرادة البشرية في نشأة القانون وتطوره.

وتعتمد فلسفة الواقعية الاجتماعية ، مثل الواقعية التاريخية ، على إرجاع القانون إلى الواقع الملموس ، المبني على إرادة الإنسان ، وليس إلى مجرد الأفكار والمثل العليا التي نادى بها الطبيعيون – أنصار القانون الطبيعي – يتمثل هذا الواقع في غاية الشعب وكفاحه المستمر في تحقيق التقدم الاجتماعي (مذهب الغاية والكفاح لدى اهرنج). وفى تضامن أفراده اجتماعياً والعمل على كفالة واحترام هذا التضامن (مذهب التضامن الاجتماعي لدى ديجي) .

والآتي كلمة موجزة عن كل من المبدأين :

أولاً– مذهب الغاية والكفاح :

405 – ينسب هذا المذهب إلى الفقيه الألماني «اهرنج» "Ihering"[1] الذي يبدأ بما انتهت إليه المدرسة التاريخية من أن القانون ينشأ ويتطور بتطور الزمن، ولكنه لم يقف عند ذلك ، فلم يهمل إرادة الإنسان في هذا التطور ،

---

(1) ولد اهرنج فى المانيا عام 1818 م ومات فى 1892 ، وقد نشر فكرة مذهبه فى الغاية والكفاح فى عدة مؤلفات له أهمها : الغاية فى القانون ، الكفاح من أجل القانون ، روح القانون الرومانى ، وقد ترجم هذا الكتاب الأخير إلى اللغة الفرنسية وطبع فى أربعة أجزاء فى الفترة من 1886 إلى 1888.

وانظر فى فكر اهرنج ، ثروت أنيس الأسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ، مطبعة عين شمس ، 1967 ، ص 21 وبعدها.

بل وضح ما للإرادة البشرية المتنورة من دور مهم في خلق وإنشاء القانون.

فالقانون لدى اهرنج من صنع الإرادة البشرية ، فالإنسان في كل مجتمع يعمل ويكافح تحقيقاً لغاية عظمى هي حفظ المجتمع الذي يعيش فيه، والعمل على كفالة تقدمه ، وذلك بوضع وسن القواعد القانونية اللازمة لتحقيق ذلك الهدف.

والإنسان في سبيله لتحقيق ذلك الهدف يكافح كفاحاً مريراً ضد ما يعوق تحقيق غايته السامية في حفظ المجتمع وتطوره؛ لهذا فإن قواعد القانون تنشأ سلمياً عن طريق الإرادة البشرية طوراً ، وتنشأ قسراً طوراً آخر.

وهكذا ، ينتهي اهرنج إلى أن القانون ينشأ نتيجة الصراع بين القوى والعوامل المختلفة ، الداخلية والخارجية ، ويأتي تعبيراً عن إرادة القوة الغالبة ، ويقصد اهرنج بذلك القوى المادية وليس العقلية.

ومذهب اهرنج، وإن كان قد أبرز ماللإرادة البشرية من دور إيجابي في صنع القوانين ، فإنه غالى في هذا الدور إلى درجة إغفاله العرف ودوره المهم في إنشاء القواعد القانونية على الرغم من أنه مصدر لا نزاع فيه ولا يستهان به ، وفيه لا تظهر إرادة الإنسان مباشرة.

ثانياً – مذهب التضامن الاجتماعي :

406 – أقام العميد «ديجي» نظريته في أساس القانون[1] على التضامن الاجتماعي الذي يسود حياة الأفراد في كل مجتمع ، حيث رأى أن

---

(1) راجع فى المزيد من التفاصيل

Duguit :

- Traité de droit constitutionnel , T.I.

- Lecons de droit public général , P. 34 et S.

أساس إلزام الأفراد بالقانون والتزامهم به هو الحفاظ على ما يربطهم من تضامن اجتماعي ، سواء تمثل في تعاونهم وتكاتفهم معاً لتحقيق مصالحهم المشتركة ، أو تمثل في تقسيم العمل فيما بينهم ثم تبادلهم الخدمات وثمرات أعمالهم ، وذلك ما يسمى بالتضامن بتقسيم العمل.

وهكذا ، يرجع ديجي أساس القانون إلى شعور الأفراد باحتياج كل منهم إلى الآخر وارتباطهم معاً برباط التضامن الاجتماعي.

وقد أُخِذَ على مذهب ديجي اقتصاره على عامل التضامن الاجتماعي في تأسيس القانون وإغفاله لغيره من العوامل المؤثرة ، حقيقة أن للتضامن الاجتماعي دور لا يغفل في نشأة القانون وتأسيس التزام الأفراد به ، لكن الاكتفاء بذلك العامل يخالف الواقع والحقيقة. فهناك بدون شك عوامل أخرى ذات تأثير فعال على نشأة القانون ، نذكر منها بصفة خاصة العامل المضاد للتضامن، وهو التنافس بين أفراد المجتمع وما يترتب عليه من تنازع وتضاد في المصالح. ولاشك في أن اقتصار ديجي على فكرة التضامن الاجتماعي أساساً لمذهبه يبعد به عن الواقعية التي جعلها أساساً لمذهبه.

ولقد شعر ديجي نفسه بعدم كفاية فكرة التضامن الاجتماعي لتأسيس وتأصيل القانون ، فأضاف إليها فكرة أخرى هي الشعور بالعدالة ، تلك الفكرة التي تستلهمها وتتلمس الوصول إليها جميع التشريعات ، وتهدف إليها جميع القواعد القانونية.



المبحث الرابع

المذاهب المختلطة

نظرية العلم والصياغة لدى جيني :

407 – ظهر لنا من العرض السابق للنظريات المختلفة أن أياً منها لم يقدم لنا تأصيلاً علمياً كاملاً للقانون ، ولعل العيب الأساسي الذي ينسب لهذه المذاهب أن كلاً منها اكتفى بالنظر إلى القانون من زاوية واحدة مغفلاً باقي الزوايا التي لها دور مهم في تأسيس وتأصيل فكرة القانون ، فالمدارس الشكلية توقفت عند الشكل الذي يظهر فيه القانون دون أن تبحث غيره من أسباب ، أما المدارس المثالية والواقعية ، ولو أنها تجاوزت المرحلة الشكلية للقانون، فإنها لم تكمل مسيرتها نحو تأصيله، فالأولى – أي المدارس المثالية – اكتفت بدور العقل في الكشف عن المبادىء المثلى المتمثلة في فكرة العدالة والمكونة للقانون الطبيعي ، وأغفلت الدور المهم للعوامل التاريخية والمادية والاجتماعية وغيرها من العوامل الواقعية الأخرى. والمدارس الواقعية ، وإن كانت قد وضحت ما للعوامل الواقعية من دور أساسي في نشأة القانون إلا إنها لم تقم بالجمع بين هذه العوامل باعتبارها أسباباً لوجود القانون وظهوره، كما إنها أغفلت في مجموعها دور العوامل العقلية والمثالية في نشأة القانون.

لذلك كان لزاماً ظهور ما يجمع بين المذاهب السابقة ويقوم بالتوفيق بينها ، وهذا ما نادى به الفقيه الفرنسي «فرانسوا جيني» في نظريته الشهيرة «العلم والصياغة»[1] التي تقوم أساساً على التوفيق بين آراء

---

(1) نشر فرانسوا جينى نظريته فى مؤلفين هما :

– طريقة تفسير القانون الخاص الوضعى ومصادره ، 1899 .

Methode d'interpretation et sources de droit privé positif , 1899 -

– العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ، أربعة أجزاء ، 1914 – 1924 . =

وجهود من سبقوه من الفقهاء.

مضمون نظرية جيني :

408 – يرى جيني أن القواعد القانونية تأتي وليدة عاملين ، يتمثل العامل الأول في تفاعل مجموعة من الحقائق العلمية التي تمدنا بمادة القاعدة القانونية وجوهرها ، ويتمثل العامل الثاني في الصياغة التشريعية السليمة لهذه المادة[1]، ثم يقرر جيني أنه باستخدام الأسلوب العلمي يمكن الوصول إلى الحقائق أو المعطيات التي تسهم في تكوين موضوع القواعد القانونية ، مادة القانون، والتي لا تخرج عن الحقائق الأربعة التالية :

(أ) – الحقائق الواقعية أو الطبيعية.

(ب) – الحقائق التاريخية.

(جـ) – الحقائق العقلية.

(د) – الحقائق المثالية.

والآتي كلمة توضيحية لكل من هذه الحقائق :

(أ) – الحقائق الواقعية أو الطبيعية :

409– يقصد بالحقائق الواقعية أو الطبيعية الظروف والعوامل المختلفة التي تحيط بالإنسان سواء أكانت مادية أو معنوية، والظروف المادية منها ما يتعلق بالطبيعة كالمناخ والتربة والبيئة الجغرافية ، ومنها ما يتعلق بالتكوين العضوي للانسان. أما الظروف والعوامل المعنوية أو الأدبية فتشكل حالة الأشخاص النفسية والخلقية ومعتقداتهم الدينية.

Science et technique en droit privé positif

(١) ونتناول هنا الحقائق العلمية التى تكوّن القاعدة القانونية ، أما الصياغة التشريعية فقد سبق أن تعرضنا لها ، فنحيل إليها. راجع فقرة رقم 145 وبعدها.

ويدخل «جينى» تحت الحقائق الواقعية القوى والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، كما لم يغفل ما للقوة من دور في تكوين القاعدة القانونية.

ويحدد جينى أن المعطيات السابقة لاتقوم مباشرة بتكوين القاعدة القانونية ، وإنما يقتصر دورها على تهيئة المناخ والبيئة لظهورها ، ورسم الإطار المحدد لها، فهي لا تخلق القاعدة القانونية ، وإنما ترسم حدودها فقط.

(ب) – الحقائق التاريخية :

410 – يقصد بالحقائق التاريخية ما تكون خلال العصور المتلاحقة من تراث قانوني بما يتضمنه من مبادئ وقواعد طبقتها الأجيال السابقة على علاقاتها وروابطها الاجتماعية.

وللحقائق التاريخية دور عظيم الشأن في تكوين القواعد القانونية ، فبالإضافة إلى ما تقدمه من عرف وعادات تصلح لأن تكون نواة حسنة لإنشاء القواعد القانونية ، فإنها كثيراً ما تقدم قواعد مكتملة التكوين يؤيدها ويعضدها تطبيقها التاريخي السابق بما أورده عليها من صقل وتأصيل.

(جـ) – الحقائق العقلية :

411 – يقصد بالحقائق العقلية ما يستخلصه الإنسان بعقله من قواعد ومبادئ قانونية عامة تحكم حياته وتنظم علاقاته بأقرانه ، وتتميز هذه القواعد بأنها تقوم على العقل السليم والمنطق السديد ، ولا تقبل الشك والتأويل.

وتقوم الحقائق العقلية بترشيد ومواءمة القواعد القانونية التي تساهم في تكوينها الحقائق الأخرى من مادية وتاريخية لتجعلها صالحة للتطبيق على العلاقات الإنسانية المعاصرة.

فالحقائق العقلية تعد بمثابة موجهات عامة ، في إطارها وعلى ضوئها تتحدد وتتشكل قواعد القانون، وتجعلها صالحة وملائمة لتحقيق هدفها.

(د) - الحقائق المثالية :

412 - وهى القيم والمثل العليا التي يرتسمها الإنسان وتوجهه نحو التقدم والارتقاء بالنظم القانونية للوصول بها إلى مرتبة الكمال ، يستلهمها بوحي من عاطفته وإيمانه، وليس من عقله وتفكيره؛ لذلك فهي عوامل مثالية غير محسوسة لا تتضمن عناصر مادية (طبيعية) أو مبادئ عقلية ، ولا تقاليد تاريخية، بل هي مجرد ميول ونزعات نحو المثالية والكمال، وهذه العوامل المثالية متغيرة متطورة وفقاً للبيئة والزمن.

وتفترق الحقائق المثالية عن الحقائق العقلية في أن الأولى أخلاقية تستمد من العاطفة ، بينما الثانية منطقية مصدرها العقل والمنطق.

413 - من الحقائق السابقة كلها ، وبتفاعلها معاً تتكون مادة القانون ، ولا يبقى لامكان تطبيقها سوى صياغتها في قالب قواعد قانونية منضبطة محددة ، من جماعها يتكون القانون.

ولنأخذ النظام القانوني للزواج كمثال نوضح به دور كل من الحقائق السابقة وتفاعلها معاً في تكوين وإفراز مادته القانونية ، التي تصاغ في قالب القواعد القانونية المكونة لنظام الزواج.

فمن الحقائق الواقعية أو الطبيعية المسلم بها وجود الرجال والنساء وهما جنسان مختلفان ، ولكنهما مرتبطان، ومن حقيقة اختلاف الجنسين وارتباطهما معاً وجد التفكير في النظام الذي يجمعهما معاً ، وهو التزواج أو الزواج. إلى هنا ينتهي دور هذه الحقائق الواقعية لكون

الزواج لا ينشأ إلا بين رجل وامرأة[1].

أما طبيعة نظام الزواج وشروطه وقيوده ، وغير ذلك من تفصيلات وجزئيات فلا شأن لها بالحقائق الواقعية ، وإنما تعتد هنا بالحقائق التاريخية ، فهي التي تهدينا وترشدنا إلى هذه الجزئيات ، فالزواج نظام قديم وجد منذ الخليقة وتواترت عليه سنن وحقائق تاريخية عامة يخضع لها نظام الزواج تأتي في مقدمة هذه القواعد والحقائق ضرورة تنظيم هذا النظام تنظيماً محدداً ، وأن يتم تحت أشراف جهات مسئولة ، نظراً لما له من أهمية اجتماعية وآثار قانونية مهمة. أما شروط الزواج وآثاره فقد دل التاريخ على اختلافها من حيث الزمان والمكان.

ولاشك أنه عند النظر في تنظيم الزواج في مجتمع معين لايمكن إغفال ما سبق أن استقر بشأنه من قواعد وأنظمة توضع نصب الأعين للاهتداء بها ، والمقارنة معها فيما يراد وضعه من قواعد منظمة.

تأتي بعد ذلك الحقائق العقلية والمنطقية لتملي علينا ما يجب مراعاته عقلياً من مبادىء عامة وموجهات منطقية للارتقاء بنظام الزواج والوصول به نحو الكمال ، كضرورة أن يكون هذا الزواج مبنياً على رضا طرفيه ، وأن يكون هدفه تكوين الأسرة نواة المجتمع ، بما يستوجبه ذلك من ضمان الثبات والاستقرار له.

وأخيراً تأتي الحقائق المثالية لتكمل النظام القانوني للزواج ، ولأن هذه الحقائق تختلف من شعب إلى آخر ، نجد أن نظام الزواج يختلف هو كذلك باختلاف الشعوب، فمن الشعوب من يؤمن بنظام تعدد الزوجات، ومنها من يرى قصر الزواج على زوجة واحدة، ومن هذه الشعوب من

---

(1) ولنا أن نتساءل الآن اين هذه الحقائق الواقعية من الزواج بين المثليين الذي يتم الآن في بعض الدول الغربية ، والذي اعترفت به بالفعل بعض هذه الدول وأجازت زواج الرجل بالرجل والمرأة بالمرأة ، هل تبدلت هذه الحقائق ؟ عزاؤنا في ذلك أنها ظاهرة استثنائية شاذة لا يمكن أن تشكل ظاهرة حقيقية .

يأخذ بأبدية نظام الزواج، ومنها من يجيز إنهاءه بالطلاق، وهكذا تتعدد الأنظمة والأفكار.

414 – يتبين لنا من عرضنا السابق أن مذهب «جيني» يمتاز بمحاولته جمع جميع العناصر والعوامل التي تساهم فعلاً في خلق وإيجاد القواعد القانونية، فقد جمع جيني في مذهب واحد كل الأسس التي سبق أن أثيرت في مذاهب مختلفة سابقة عليه. وهو بذلك يفضل مذهب الفقيه «ريبير»، وهو مذهب مختلط أيضاً، ولكنه يقتصر في تأسيسه للقانون على الحقائق المثالية والحقائق القانونية دون غيرها من حقائق أخرى، متأثراً في ذلك بمذهب الغاية والكفاح لاهرنج. لذلك يبدو أن ريبير يتجه في تأسيس القانون وتأصيله إلى القول بأنه نتيجة انتصار القوى الخلقية على سائر القوى الأخرى المتصارعة.

على أن ما تجدر الإشارة إليه أنه وإن كان جيني قد اكتفي بإيضاح أن مادة القانون، أو القواعد القانونية، هي نتاج تفاعل الحقائق السابقة، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون نتيجة لصراع وليس فقط تفاعل مختلف هذه العوامل أو الحقائق التي تمثل كل منها نوعاً من المصالح التي تسود المجتمع الإنساني، وبالتالي يمكن أن نخلص مما سبق إلى أن القاعدة القانونية، هي نتيجة الصراع بين المصالح المختلفة في المجتمع الإنساني، سواء أنتهي هذا الصراع بالتوفيق بين المصالح المختلفة، أو بانتصار بعضها على البعض الآخر، فالأقوى هو الذي يملى أرادته ويفرض القواعد القانونية التي تحمى مصالحه.

تقييم نظرية «جيني»:

415 – لم تسلم نظرية «جيني» في العلم والصياغة بدورها من النقد فقد أخذ بعض كبار الفقهاء عليها أنها اقتصرت في تأصيلها للقانون وبيان أساسه على عنصري الحقائق العلمية، والصياغة الفنية أو التشريعية،

وإغفلت عناصر أخرى لها دور كبير في إنشاء وتكوين القواعد القانونية، وبصفة خاصة العنصر التجريبي، والسياسة القانونية ، من ناحية أخرى فقد لاحظ بعض الفقهاء أن العناصر المختلفة التي قرر جينى أنها تساهم في تكوين القواعد القانونية لا تندرج جميعها تحت عناصر العلم أو الحقائق العلمية ، كالحقائق العقلية والمثالية، فهي تخضع لقانون الغاية، وليس قانون السببية الذي تخضع له الحقائق الطبيعية والتاريخية.

416 – في ضوء النقد السابق حاول الفقه الحديث تكملة نظرية جينى بإضافة عنصر الفن وعنصر المثالية إلى عنصر الحقائق العلمية التي أقام جينى نظريته عليها منفردة ، كما لم يقصر الحقائق العلمية على تلك الحقائق الأربع التي ذكرها جينى ، وإنما أضاف إليها كل الحقائق الأخرى التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية ، وهكذا أرجع الفقه الحديث العناصر المكونة للقاعدة القانونية إلى مجموعتين من العناصر : عناصر واقعية ، وعناصر مثالية.

(أ) – **العناصر الواقعية** : تشمل هذه العناصر كل الحقائق العلمية التجريبية التي يمكن إخضاعها لمناهج المشاهدة التجريبية تبعاً لخضوعها لقانون السببية ، ويأتي في مقدمة العناصر المكونة لعنصر الواقع في القاعدة القانونية الحقائق الطبيعية ، والاقتصادية ، والسياسية ، والاجتماعية ، والأخلاقية، والدينية، والتاريخية. فهذه الوقائع لاشك أنها تساهم بقدر فعال في تكوين مادة القواعد القانونية وجوهرها ، وذلك يستوجب مراعاتها عند سن هذه القواعد.

(ب) – **العناصر المثالية** : يقتصر دور العناصر الواقعية على تشكيل القواعد القانونية وفقاً لاحتياجات المجتمع الواقعية أو العقلية ،

فهي تسجل ما يكون عليه المجتمع ، ولما كان القانون يهدف ليس فقط إلى تنظيم المجتمع ، وإنما أيضاً إلى الارتقاء به نحو السمو والكمال قدر الإمكان ؛ لذلك يتعين صبغ ما تفرزه العناصر الواقعية من أفكار وأنظمة قانونية صبغة مثالية بقصد الارتقاء بالمجتمع وبأفراده نحو خيرهم وسعادتهم.

وتأتي في مقدمة العناصر المثالية التي تسهم في تكوين القواعد القانونية فكرتا العدل[1] والعدالة[2]. فالقانون بما له من وظيفة اجتماعية تهدف إلى الارتقاء بالمجتمع ، لا يقتصر على تسجيل ماهو كائن ، وإنما يعمل على تحقيق ما يجب أن يكون ، وذلك يستوجب تطعيم قواعده وأحكامه بمسحة مثالية نفعية.

---

(1) ويؤخذ العدل هنا بمفهومه المتسع الذي يشمل العدل التبادلي ، والعدل التوزيعي ، والعدل الاجتماعي. ويقصد بالعدل التبادلي "Justice commutative" المساواة التي يجب أن تسود معاملات الأفراد بعضهم ببعض ، ويقصد بالعدل التوزيعي "Justice distributive"، مساواة الأفراد أمام الجماعة فيما يتعلق بما تمنحه لهم من مزايا وخدمات ، أما العدل الاجتماعي "Justice sociale" فهو مقابل العدل التوزيعي، ويمثل واجبات الأفراد قبل الجماعة.

راجع لمزيد من التفاصيل فى فكرة العدل ، عبد الحي حجازي، ص 203 وبعدها.

(2) راجع عبد الحي حجازي ، ص 217 وبعدها ، وتختلف العدالة عن العدل فى أن هذا الأخير يقوم على المساواة العمياء أو المجردة ؛ لذلك فهو يفترض أن تقرر القاعدة القانونية حكماً واحداً يطبق مطلقاً على كل المراكز المتماثلة التى يواجهها الحكم دون تمييز للظروف المحيطة ، وإذا كان العدل يقوم بذلك على المساواة ، غير انها مساواة مجردة لاتعتد بتفاوت الظروف. أما العدالة "equité" فتقوم على المساواة الواقعية أو الحقيقية ، لذلك فهى تتطلب الاختلاف فى الحكم القانونى تبعاً لاختلاف ظروف الحال ، فهى تفترض تفريد الحكم وتنويعه.

الفصل الثاني

دور القانون وغايته

الفصل الثاني

دور القانون وغايته

دور القانون :

417 – يهدف القانون بما يتضمنه من قواعد قانونية إلى تنظيم العلاقات والروابط التي تنشأ بين الأفراد ، وبصفة عامة تنظيم المراكز القانونية التي تنشأ في المجتمع. والقانون في تنظيمه هذا يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع سعياً لتحقيق الخير والصالح العام على أساس من العدل والعدالة.

فإقامة النظام في المجتمع يشعر الأفراد بالأمن والطمأنينة والاستقرار ، فتنصرف جهودهم إلى تحقيق صالحهم وصالح مجتمعهم.

وفي سبيل إقامة النظام في المجتمع تفرض القواعد القانونية التي تحدد حقوق الأفراد وواجباتهم، والتي تنظم أنشطتهم وتحد من حرياتهم. هذا التدخل في أنشطة الأفراد والتقييد في حرياتهم يختلف مداه من نظام إلى آخر ، ويتوقف على الفلسفة التي يقوم عليها كل نظام قانوني ، تلك الفلسفة التي يشترك العديد من العوامل والمؤثرات في تكوينها ، كالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية والدينية.

ومن تأثير هذه العوامل ، وغيرها ، في رسم دور القانون ومدى تدخله لتحقيق غايته وهدفه ، يتحدد اتجاه عام للتفكير السائد ، ويتشكل المذهب الذي يرسم إطار دور القانون ومدى تدخله في حياة الأفراد وأنشطتهم الاجتماعية.

ومهما تعددت الأفكار والمذاهب في هذا الصدد فإنها تدور جميعاً حول مذهبين أساسيين، هما المذهب الفردي الحر، والمذهب الاشتراكي المقيد، مع مراعاة أن الحرية والتقييد في أنشطة الأفراد تختلف من بلد إلى آخر، وبالتالي من قانون أو فلسفة إلى أخرى.

وفيما يلي عجالة عن كل من المذهبين السابقين.

المذهب الفردي الحر:

418 – تقوم الفلسفة الفردية على تقديس الفرد واحترام حرياته باعتباره الهدف الذي من أجله وجد القانون، فالقانون وفقاً للمذهب الفردي ما وجد إلا لإسعاد الفرد وخدمته، أما مصلحة الجماعة، فينظر إليها من خلال المصلحة الفردية، باعتبار أن الصالح العام أو صالح الجماعة هو مجموع المصالح الفردية، فإذا ما تحقق صالح كل فرد تحقق بالتالي صالح المجموع.

بهذا تكون وظيفة القانون في المذهب الفردي وظيفة سلبية بحتة تقتصر على الحفاظ على حقوق الأفراد الأساسية الطبيعية التي ولدوا بها، فيمكنهم من التمتع بها، ويمنع كل اعتداء عليها. ولذلك فإن تدخل القانون لتقييد حرية الأفراد لا يكون إلا في أضيق الحدود، وبالقدر اللازم للتوفيق بين الحقوق الطبيعية للأفراد، وهذا يوضح سبب تحبيذ المذهب الفردي للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة، وتنفيره للقواعد الآمرة لما تتضمنه من تقييد وتدخل في حريات الأفراد.

ويعتنق المذهب الفردي بعض المبادىء والنظريات القانونية، التي تحدد معالمه وترسم اتجاهاته:

– ففي المذهب الفردي يسود مذهب سلطان الإرادة الذي بمقتضاه يكون الفرد حراً في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو إذا تعاقد يملك وحده

تحديد مضمون تعاقده.

- ويتميز أيضاً باعتناقه لمبدأ المسئولية الشخصية الذاتية القائمة على فكرة الخطأ، ويبعد عن المسئولية الموضوعية المبنية على تحمل التبعة والضمان.
- ويعترف بالملكية الخاصة بمختلف صورها دون قيود، ويقوم بالدفاع عنها وحمايتها.
- ومن الناحية السياسية تقوم الفلسفة الفردية على ضمان الحريات الفردية وعدم الاعتداء عليها أو الحد منها.
- ومن الوجهة الاقتصادية، يأخذ المذهب الفردي بمبدأ حرية العمل وحرية استثمار الأموال.

419 – بيد أن المذهب الفردي غالى كثيراً في اعتناقه ودفاعه عن مبدأ الحرية الفردية، وهذا أمر ابتعد به عن الواقعية، كما ترتب على إطلاقه للحريات العديد من الأزمات السياسية والاقتصادية والقانونية، بسبب تحكم الأقوياء في الضعفاء.

يعيب المذهب الفردي – كذلك – أنه نظر إلى الصالح العام من خلال الصالح الفردي، واعتبر أن الأول هو مجموعة المصالح الفردية، وفي ذلك مغالطة للحقيقة ومخالفة للواقع؛ لذلك فقد أخذ عليه إهماله المصلحة العامة وعدم اكتراثه بها، بجانب إطلاقه للحرية الفردية دون أية قيود، واعتداده بالمساواة القانونية دون الفعلية.

المذهب الاشتراكي:

420 – ينظر المذهب الاشتراكي إلى الفرد وإلى خيره وسعادته نظرة اجتماعية واقعية، فلكون الفرد كائناً اجتماعياً فيجب النظر إليه من خلال الجماعة التي يعيش فيها ويستمد سعادته منها، ويتأثر بكل ما يحيطها من عوامل وظروف مختلفة، لذلك فالوظيفة المباشرة للقانون هي تحقيق

الخير والصالح العام للجماعة، ذلك الخير الذي تنعكس آثاره على أفراده، من هنا قامت فلسفة المذهب الاشتراكي على تكريس الأفراد لجهودهم وتضامنهم جميعاً لتحقيق خير المجتمع بما يستوجبه ذلك من الدعوة إلى تكافلهم وتكاتفهم ، وبعدهم عن الأنانية، وأثرة الذات ، أملاً في تحقيق أكبر قدر من العدالة الاجتماعية. ويتحقق ذلك عن طريق الأسلوب الاشتراكي الذي يقضي باضطلاع الدولة بالعديد من وسائل الإنتاج والمرافق العامة ، وازدياد تدخلها الاجتماعي والاقتصادي.

ويترتب على الأخذ بالمذهب الاشتراكي اتساع نطاق القانون وتعدد القيود والواجبات القانونية من سلبية وايجابية ، وكثرة القواعد الآمرة على حساب القواعد المكملة ، وتغيير النظرة إلى فكرة العقد شريعة المتعاقدين ، ويصبح للملكية وظيفة اجتماعية ، ولا تكون حقاً مقدساً، وتكون الحرية منحة من الجماعة، وليست حقاً طبيعياً مكتسباً، وتتحول المسئولية المدنية إلى فكرة تحمل التبعة أو الضمان.

ولقد كان للمذهب الاشتراكي الفضل الأكبر في الكشف عن مساوىء المذهب الفردي وعيوبه السابق الإشارة إليها.

غير أنه ، كما غالى المذهب الفردي في الحرية والفردية ، غالى المذهب الاشتراكي في التقييد ، مما يخشى معه انعدام الحريات الفردية وإحباط النشاط الخاص.

وهكذا يبدو لنا أن كلاً من المذهب الاشتراكي والمذهب الفردي غير صحيح على إطلاقه ، ولايمكن الأخذ بفلسفة ومبادىء أي منهما بصفة مطلقة؛ لذلك فالسائد الآن الأخذ بمبادىء أحد المذهبين مخففة بتطعيمها بفلسفة المذهب الآخر. وإن كان الاتجاه قد سار خطى راسخة نحو الاشتراكية في حدودها المعتدلة وقيودها المعقولة لفترة من الزمن ، فإننا نلحظ اليوم الاتجاه صوب الرأسمالية في حدودها المعتدلة أيضاً، وهكذا

ينتصر المذهب الفردي على المذهب الاشتراكي مرة أخرى .

غاية القانون :

421- أياً كان الدور الذي يضطلع به القانون في المجتمع فإن غايته وهدفه هو إقرار النظام والأمن في المجتمع وحماية مصالحه ، فهدف القانون وغايته تحقيق المصالح الاجتماعية العامة التي تهم أفراد المجتمع ككل ، ولو تعارضت معها بعض المصالح الخاصة.

وقد اجتهد الفقه في تحديد المصالح الاجتماعية المختلفة التي يسهر القانون نحو تحقيقها ، فقسمها إلى المصالح الآتية[1]

أولاً- تحقيق الأمن العام :

422 – إن أولى الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها هي إقرار الأمن العام بالمجتمع الذي ينظمه، ونقصد بذلك ضرورة حماية المجتمع الداخلي أو الوطني من كل ما يهدده من مخاطر؛ لذلك تشمل هذه المصالح الاجتماعية المحافظة على أمن الأفراد وأمن المجتمع عامة ، والمحافظة على الصحة العامة والسكينة العامة ، والعمل على إقرار الأمن والاستقرار في الملكية والمعاملات.

ثانياً – حماية الأنظمة السياسية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع :

423- فكل مجتمع يقوم على مجموعة من الأنظمة الأساسية المختلفة ، منها الأنظمة السياسية ، ومنها الأنظمة الاجتماعية ، ومن ثم يكون من ضمن أهداف القانون حماية هذه الأنظمة الاجتماعية المختلفة التي بحمايتها والمحافظة عليها تتحقق مصلحة المجتمع ، وكذلك مصلحة أفراده.

---

(1) أنظر باوند

Pound :

The End of law as developed in legal rules and doctrines , Harv L.Rev. 1914 . PP. 195 -234 .

وراجع سعيد الصادق ، نظرية القانون ، 1985 / 1986 ص 18 .

ثالثاً – حماية الأخلاق والآداب العامة :

424 – يقوم كل مجتمع على مجموعة من قواعد الأخلاق والآداب، ويسعى إلى المحافظة عليها وإقرارها؛ إذ بذلك يصان المجتمع ويزدهر بما يعود بالنفع على افراده ، بذلك يهدف القانون في كل مجتمع إلى المحافظة على الأنماط الأخلاقية وحظر كل ما يتعارض معها كالممارسات الجنسية غير المشروعة ، والأنشطة والسلوكيات غير الأمينة أو غير الأخلاقية.

رابعاً – حماية النظام الاقتصادي :

425 – فلكل مجتمع اقتصاديته ومصادر دخله وثروته التي تعد ركائز بقائه واستمراره، ولا تقتصر مصادر الدخل على المصادر المادية المتمثلة في الثروة الطبيعية ، وإنما تشمل أيضاً المصادر البشرية من قوى عاملة مفكرة ومنتجة. ويتعين على كل قانون أن يعمل على الحفاظ على مصادر ثروة المجتمع الذي ينظمه بما يحقق الصالح العام.

خامساً – حماية الحياة الإنسانية :

426– إذا كان الإنسان قد خلق ليحيا ، فإنه ينشد أن يحيا حياة إنسانية يحتفظ فيها بكرامته وآدميته يتمتع فيها بأوجه الأنشطة التي تمكنه من تحقيق رغباته المعتادة وحياته الكريمة ، وذلك يتطلب أن تسود المساواة بين أفراده، وأن لا يتحكم بعضهم في البعض الآخر.

سادساً – تقدم المجتمع وازدهاره :

427 – لا يقتصر القانون على حماية المصالح القائمة بالمجتمع، بل يعمل أيضاً على تطوير هذه المصالح والارتقاء بها والإضافة إليها بما يعلو بالمجتمع نحو السمو والكمال ، فمن الوجهة الاقتصادية يعمل القانون نحو تحقيق حرية التعامل، وحرية التجارة ، وحرية المنافسة المشروعة ، كما يعمل على تحقيق حرية التملك والتصرف في الأموال والممتلكات.

ومن الوجهة السياسية ، يحافظ القانون على حرية الرأي والتعبير وحرية النقد البناء الذي يخدم المجتمع ولايهدمه.

ومن الوجهة الثقافية ، يعمل القانون على تحقيق حرية التعليم والتعلم ، كما يعمل على تشجيع الفنون بمختلف أشكالها وغرسها في نفوس أفراده، والارتقاء بها بما يحقق خير المجتمع.

ملحق

القانون رقم (15) لسنة 1996

بتعديل بعض أحكام القانون المدني

وافق مجلس الأمة في 1996/5/8 على تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون (67) لسنة 1980 بإصدار القانون المدني، وذلك على الوجه الآتي :

مادة أولى :

يستبدل بنصوص المواد(1) فقرة ثانية ، 44 فقرة أولى ، 116 فقرة ثانية، 132 ، 296 ، 459 ، 842 ، 906 المواد التالية :

المادة الأولى فقرة ثانية :

1- ....

2- فإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف .

المادة 44 فقرة أولي :

لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً .

المادة 116 فقرة ثانية :

على أنه إذا آل مال إلى الصغير بطريق الوصية أو التبرع ، وأوصى الموصي أو اشترط المتبرع عند التبرع عدم خضوع المال إلى ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين خرج هذا المال عن الولاية أو الوصاية، وعندئذ تعين

المحكمة للصغير وصياً خاصاً يتولى الولاية على هذا المال ما لم يكن الموصي أو المتبرع قد اختار له وصياً في الشكل الذي تحدده المادة 113 لاختيار الوصي من الأب .

المادة 132 :

إذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الوصية أو التبرع ، واشترط الموصي أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه ، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه ، إلا عندما تقتضيه الضرورة ، ويشترط إذن المحكمة .

المادة 296 :

يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، أو التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم .

المادة 459 :

يجوز أن يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير، وعند الخلاف يعتد بسعر المثل .

المادة 842 :

مع عدم الإخلال بما تقضي به المادة السابقة لا يكون للضمان محل إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه .

المادة 906 :

لا يعتد بحيازة الغير لأموال الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو أموال الوقف .

مادة ثانية :

تضاف فقرة ثالثة إلى المادة 392 من القانون المدني كما تضاف إليه مواد جديدة بأرقام 519 مكرر (أ) ، 519 مكرر (ب) ، 519 مكرر (ج) ، 519 مكرر (د) .

المادة 392 فقرة ثالثة :

وإذا وفى المدين بدين بعض الدائنين وهو في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه فإن الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقين .

المادة 519 مكرر :

السلم بيع مؤجل التسليم بثمن معجل .

المادة 519 مكرر (أ) :

يشترط في المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر وأن يكون مما يمكن ضبط صفته بالوصف وأن يكون ممكن الوجود عند حلول الأجل .

المادة 519 (ب) :

يجب أن يكون رأس المال معلوماً للمتعاقدين، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

المادة 519 مكرر (ج) :

إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه وجب تسليمه في المكان المتفق عليه فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد .

المادة 519 مكرر (د) :

إذا تعذر تسليم المسلم فيه لانقطاع جنسه عند حلول الأجل جاز للمسلم فسخ العقد واسترداد رأس المال .

مادة ثالثة :

على الوزراء – كل فيما يخصه – تنفيذ هذا القانون وينشر في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره .

المذكرة الإيضاحية

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم (15) لسنة 1996 ، بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 م بإصدار القانون المدني مايلى :

إن هذا المشروع يهدف إلى تعديل بعض نصوص المرسوم بقانون . ويستهدف تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى إلى تقديم أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها على العرف، وحتى تصبح أحكام الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً .

عدلت أحكام الفقرة الأولى من المادة(44) حيث أضيفت عبارة «لا ينسب لساكت قول» وهذا التعديل يهدف إلى استكمال القاعدة الشرعية في هذا الخصوص .

كما تم تعديل الفقرة الثانية من المادة (116) وكذلك المادة (132) حيث حذفت كلمتا الميراث والمورث في المادتين المذكورتين، ووضعت كلمتا الوصية والموصي بدلا عنهما ، وذلك لأن المورث في الشريعة الإسلامية إذا لم يكن هو الولي الطبيعي ليس له – فيما يورث عنه – أن يفرض سلطته بتغيير حق الولاية على المال أو تقييدها بوصف أن الميراث حق شرعي ينتقل بموجبه المال إلى الوارث دون التوقف على إرادة المورث.

كما تم استبدال نص الفقرة الثانية من المادة 296 ذلك أن الفقرة المذكورة من النص القائم تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، وفي بقاء النص على النحو القائم فيه تشجيع على الغش الذي ينافي الشريعة الإسلامية لحديث الرسول «من غشنا فليس منا «لذا رئي إلغاء هذه الفقرة .

كما تم استبدال نص المادة (459) بحيث إنه إذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد إلا إذا رضى المتعاقدان بهذا التقدير ، وذلك على أساس أن ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للمتعاقدين عند التعاقد ، وهو ما يخالف قواعد الفقه الإسلامي نظراً لما ينطوي عليه من جهالة ، وعند الخلاف يرجع إلى سعر المثل، وذلك حتى يكون هناك معيار يتم الاحتكام إليه عند وجود الخلاف .

ولقد حذفت من المادة (842) عبارة : «إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها «لأن مثل هذا الاتفاق ينافي مقتضي العقد وفق قواعد الفقه الإسلامي ، هذا فضلاً عن أنه يتعارض مع مبدأ جوهري في العقد هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين .

كما عدلت صياغة المادة (906) حيث حلت الأشخاص الاعتبارية العامة محل الأشخاص المعنوية العامة، وذلك توحيداً للمصطلح القانوني المستعمل في المواد (18) وما بعدها ، كما أضيفت أموال الوقف إلى النص حتى لا يعتد بحيازة الغير لها .

وقد تضمن المشروع النص في المادة الثانية على إضافة المواد التالية :

فقرة ثانية للمادة (392) تعالج حالة وفاء المدين وهو في مرض موت بدين بعض الدائنين حالة كون ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه، ويؤدي هذا الوفاء إلى الأضرار ببقية الدائنين فإن هذا الوفاء لا ينفذ في حقهم، ويكون لهم أن يطلبوا استرداد ما دفعه المدين ليقسم بين جمع الدائنين قسمة غرماء . وهذا تطبيقاً لما يقرره الفقه الإسلامي في تصرفات المريض مرض الموت .

كما تضمن المشروع إضافة المواد من 519 مكرر (أ) إلى 519 مكرر (د) ، وهي جميعها تتضمن أحكام بيع السلم، وهو بيع مؤجل التسليم بثمن معجل وقد أثبتت الحياة العملية الحاجة إلى مثل هذا النوع من البيوع .

مراجع الكتاب

مراجع في نظرية القانون

أولاً ـ باللغة العربية :

إبراهيم الدسوقي أبو الليل :

– أصول القانون ، دار النهضة العربية ، مؤسسة الصباح ، الكويت 1983 .

إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي :

– المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، الكويت ، 1986–1987 .

أحمد سلامة :

– المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية ، 1974 .

أحمد صفوت :

– مقدمة القانون ، الطبعة الثانية ، 1942م.

توفيق حسن فرج :

– المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، 1975– 1976 ، بدون ناشر.

ثروت أنيس الأسيوطي :

– مبادئ القانون ، (ا) القانون ، دار النهضة العربية ، 1974 .

جلال محمد ابراهيم :

– المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) 1995–1996 .

جميل الشرقاوي :

– دروس في أصول القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية ، 1996 .

حسام الدين كامل الأهواني :

– أصول القانون ، بدون ناشر ، 1988 .

حسن كيره :

– المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، دار المعارف بالإسكندرية ، 1974 .

سلميان مرقس :
– شرح القانون المدني (ا) المدخل للعلوم القانونية بدون ناشر 1967 .
سمير عبد السيد تناغو :
– النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية (جلال حزى وشركاه) ، 1986 .
شمس الدين الوكيل :
– مبادئ القانون ، الطبعة الأولى ، الناشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1968 .
عبدالحي حجازي :
– المدخل لدراسة العلوم القانونية (ا) القانون ، مطبوعات جامعة الكويت 1972 .
عبدالرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبوستيت :
– أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي 1952 .
عبدالمنعم البدراوي :
– المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 .
عبدالفتاح عبدالباقي :
– نظرية القانون ، الطبعة الثالثة ، بدون سنة طبع وبدون ناشر.
عبدالمنعم فرج الصده :
– مبادئ القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1982 .
عبدالودود يحيى :
– دروس في مبادئ القانون دار النهضة العربية 1976– 1977 .
محمد حسام محمود لطفي :
– المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول : نظرية القانون 1993–1994 .

محمد علي إمام :
– محاضرات في نظرية القانون ، 1953 ، وبدون ناشر .
محمد على عرفه :
– مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، مكتبة النهضة المصرية ، 1951 .
محمد على عمران :
– مبادئ العلوم القانونية ، بدون سنة طبع وبدون ناشر .
محمد لبيب شنب :
– مذكرات في المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، 1975–1976 .
محمد نور فرحات :
– مبادئ نظرية القانون ، 1981 ، بدون ناشر .
محمود جمال الدين زكي :
– دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الطبعة الثانية ، 1969 بدون ناشر.
منصور مصطفى منصور :
– المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية 1972 ، الناشر مكتبة سيد عبدالله وهبه .
– أصول القانون ، مذكرات ، الكويت 1988 .
نعمان محمد خليل جمعه :
– دروس في المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، 1979 .

ثانياً – بغير العربية :

- AUBERT (J.L.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droir civil.3 éd., 1988.

- AUBRY et Rau, Droit civil français, t. j. 7' éd., 1984, par ponsard.

- BERGEL (J. L.), Théorie générale du droit, 2 ed., 1989.

- BRETHE DE LA GRESSAYE (J.) et LABORDE-LACOSTE (M.)

Introduction générale à l'étude du droit, 1948.

- CABBONNIER (J.) Droit civil, Introduction. 18 éd., 1990.

- CORNU (G.), Droit civil, Introduction, les Pérsomes, les biens, 4' éd.,. 1990.

- COULOMBEL (P.), Introduction à létude du diou et du droit civil, avant-propos de D. TALLON, 1969.

- DABIN (J.) Théorie générale du droit, 2' éd.,. 1969.

- DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Essai d'inuoduction au droit français. t. 1. Les normes, 1990.

- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil, t.1, Introduction générale, 3' éd., 1990.

- GENY (F), Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2' éd., 1932, et Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 - 1924.

- GUIHO (P.), Cours de droit civil, t. I, Introduction à l'étude du droit, 2' éd., 1984.

- JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), ESMEIN (P.), LEVY-BRUHL (H.) et SCELLE (G.), Introduction à l'étude du droit, 2 vol., 1951-1953.

- LAMBERT (G.), Cours de droit civil, t. I, Introduction à I'étude générale du droit, Droit des personnes, 1970.

- (LARROUMET (C.), Droit civil, t. I, Introduction à I'étude du droit

privé, 1984.

- LE BRAS (G.), PRELOT (M.), BYE (M.), MARCHAL (A.), Introduction à l'étude du droit, t. 2, 1953.

- LEGEAIS (R.) Droit civil, t. I. Introduction, Personnes, Famille. 1971.

- MALINVAUD (P.), Introduction à l'étude du droit, cadre juridique des relations économiquts, 5' éd., 1990.

- MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Droit civil, t. I, Introduction générale a l'étude du droit, 2' éd,. 1972.

- MAZEAUD (H.,L.,J,) et CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. I. I'vol. Introduction à l'étude du droit, 9' éd,. 1990.

- MIAILLE, Une introduction critique au droit, 1976.

- PIEDELIEVRE (A.), Introduction à l'étude du droit, 1981.

- RIGAUX, Introduction à l'étude du droit, 1974.

- RIPERT (G.), et BOULANGER (J.) Traité de droit civil, t. I, Introduction générale, Les Personnes, 1956, avec mise à jour au I'octobre 1960.

- ROUBIER (P.), Théorie général du droit (Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales), 2' éd., 1951, et Droits subjectifs et situatios juridiques, 1963.

- ROLAND (H.), et BOYER (L.), Adages du driot français, 2 vol., 2' éd., 1986, et Expressions latines du droit français, 2 éd., 1985.

- RUBELLIN-DEVICHI (J.), et TRILLAT (B.). Le droit, t. I, Fondements et pratiques, 1988.

- STARCK, ROLAND, BOYER, Obligations, t. I, Responsabilité délictuelle. 3' éd., 1988, t. 2, Contrat, 3' éd., 1989, t. 3. régime générl, 3' éd., 1989.

- SOURIOUX (J. L.), Introduction au droit, 1987.

- VILLEY (M.), Philosophie du droit, t. I, Définition et fins du droit, 4' éd., 1986, t. 2, Les moyens du droit, 2' éd., 1984.

- WEILL (A.) et Terré (F.), Droit civil, Introduction générale, 4' éd., 1979.

الملخص

هذا الكتاب – نظرية القانون – كتاب جامعي تناول بالشرح المبسط المبادئ والقواعد العامة في علم القانون ، والتي تشكل الجزء الأول من مقرر «أصول القانون» الذي يدرس لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق جامعة الكويت ، باعتباره مدخلاً مهماً ولازماً لدراساته القانونية اللاحقة .

وتضمن الكتاب أربعة أبواب ؛ تعرض الباب الأول منها لتعريف القانون وقواعده القانونية ، وبيان أنواع هذه القواعد ، وفروع القانون المختلفة ، سواء تلك التي تندرج تحت القانون الخاص، وهي : القانون المدني، والقانون التجاري ، والقانون البحري ، والقانون الجوي ، والقانون الزراعي ، وقانون العمل ، وقانون التأمينات الاجتماعية ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقانون الإثبات ، والقانون الدولي الخاص ، أو تلك التي تندرج تحت القانون العام ، وهي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي ، والقانون الدولي العام .

وتعرض الباب الثاني لمصادر القانون التي يستقي منها قواعده القانونية ؛ حيث بدأ بالمصادر الرسمية للقانون الكويتي وهي : التشريع ، وأحكام الفقه الإسلامي ، والعرف ، ثم عرج إلى المصادر التفسيرية غير الملزمة للقاضي، وبصفة خاصة أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما الباب الثالث فتناول بالشرح والتحليل لكيفية التطبيق العملي للقواعد القانونية أمام المحاكم ، عارضاً القواعد والمبادئ الأساسية واجبة المراعاة في هذا الصدد ، وذلك من خلال دراسة الموضوعات الآتية :

– شرعية القوانين والرقابة القضائية عليها .

- مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .
- تطبيق القانون من حيث المكان .
- تطبيق القانون من حيث الزمان.
- تفسير القانون .

ثم يأتي الباب الرابع والأخير من أبواب الكتاب ليتعرض في دراسة موجزة لتأصيل القانون ببيان أصله وأساسه ، وذلك من خلال إعطاء فكرة مبسطة لأراء وأفكار المذاهب الفلسفية التي تصدت لهذا الموضوع ، وبصفة خاصة المذاهب الشكلية ، والمذاهب المثالية ، والمذاهب الواقعية ، والمذاهب المختلطة . كما تعرض هذا الباب بإيجاز لدور القانون وغايته ؛ وفقاً للمذهب الفردي الحر ، ووفقاً للمذهب الاشتراكي .

Abstract

Foundation of Law

Part : 1

Theory of Law

Prof. Ibrahim El-Desouky Aboelleil

The current work, entitled "Theory of Law", is an introductory textbook for undergraduates, addressed for first year students at the Kuwait University School of Law. It represents the first part of the Foundations of Law Course; a prerequisite for further law courses.

The book presents a broad, basic coverage of the fundamental legal concepts and principles. Thus, the following four-part taxonomy has been used to meet the envisaged objectives:

Part I investigates a number of preliminary matters, including the definition of law and the underlying principles of legal rules, types of these rules, in addition to the different classifications of law, be that within the private law group (ie civil law, commercial law, maritime law, air law, agricultural law, labor law, social securities law, civil and commercial procedure law, evidence law, and private international law), or the public law group (constitutional law, administrative law, fiscal law, penal law, and international law).

Part II points out the fundamental sources of Kuwaiti law. It starts with the official sources (legislation, Islamic jurisprudence, custom) and then explores the interpretive sources, with particular reference to court decisions and jurisprudence, in addition to principles of natural law and the rules of justice.

Part III then sets out the parameters for the practical application of legal rules in the courts of law, through the study of the following:

The principle of legality and judicial review;

The ignorantia legis non excusat principle (ie ignorance of the law does not excuse);

Operation of law in respect of place;

Operation of law in respect of time; and

Interpretation of law

The book concludes with Part IV, which indicates the origins of law, through a simplified exposition of the philosophical theories of law as advocated by the main schools of legal thinking, with particular emphasis on formalism, idealism, and realism. The same part also covers, albeit briefly, the law's role and purpose, according to both the liberal and the communist approaches to law.

الفهـرس



الموضوعات	رقم الصفحة
تمهيد	7

الفصل الثاني

تصنيف القواعد القانونية وفروع القانون

الباب الثاني

مصادر القانون

الفصل الأول

المصادر الرسمية

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية «غير الملزمة»

الباب الثالث

تطبيق القانون

الفصل الأول

شرعية القوانين والرقابة القضائية عليها

الفصل الثاني

عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

الفصل الخامس

تفسير القانون

الباب الرابع

تأصيل القانون

الفصل الأول

أصل القانون وأساسه

الفصل الثاني

دور القانون وغايته

تم بحمد الله وتوفيقه ،،،

AUTHORSHIP, TRANSLATION & PUBLICATION COMMITTEE

Publishes Refereed Academic Books - By The Academic Publication Council - University of Kuwait

